



FACULTAD DE DERECHO

**UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL AL
ESTATUTO DEL MENOR EXTRANJERO NO
ACOMPAÑADO EN ESPAÑA**

Autor: Ana Tarancón Fernández

5º curso de Derecho y Relaciones Internacionales

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Naiara Arriola Echaniz

Abril 2024

Índice

I. INTRODUCCIÓN	3
II. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO	5
1. Minoría de edad	6
2. La ausencia de un adulto responsable.....	7
3. La condición de inmigrante	8
4. El conflicto entre la normativa del menor y la de inmigrante irregular	10
III. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO COMO SUJETO DE DERECHOS	11
1. El interés superior del menor	11
2. Los derechos del menor extranjero no acompañado	12
a) El derecho a ser oído y escuchado	13
b) Tutela judicial efectiva	15
c) Asistencia letrada.....	18
d) Otros derechos	19
IV. EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO.....	21
V. EL PROCEDIMIENTO DE REPATRIACIÓN.....	28
1. Breve descripción del procedimiento	29
2. Algunas consideraciones iusfundamentales sobre la repatriación.....	30
3. La autorización de residencia	32
VI. RECOMENDACIONES	33
1. Sobre el interés superior del menor	33
2. Sobre los derechos fundamentales.....	35
3. Sobre el procedimiento de determinación de la edad	37
4. Sobre el procedimiento de repatriación del menor	39
VII. CONCLUSIONES	40
VIII. BIBLIOGRAFÍA	43
1. Obras doctrinales	43
2. Fuentes normativas	47
3. Fuentes jurisprudenciales	50
4. Documentos extraídos de internet	53
ANEXO I: MARCO NORMATIVO	56

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFUE	Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989
CE	Constitución Española
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FGE	Fiscalía General del Estado
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LO	Ley Orgánica
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
OG	Observación General
ONG	Organización no Gubernamental
RLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto actual de España, la creciente presencia de menores extranjeros no acompañados emerge como un desafío crucial que demanda atención prioritaria. Todos los años, cientos de niños y adolescentes abandonan sus familias y países de origen para buscar una vida mejor en otra parte¹. A menudo huyen de conflictos, guerras o de la pobreza, y lamentablemente en el viaje que emprenden se ven sometidos a procesos incluso peores: crimen organizado, explotación laboral y sexual, trata de seres humanos, etc.

Debido al posicionamiento de España en la frontera con el continente africano, muchos de estos niños llegan a nuestras costas y, al cruzar las fronteras sin la compañía de un adulto responsable, enfrentan una serie de obstáculos legales, sociales y humanitarios que requieren una atención urgente. Además, debido a la especial vulnerabilidad de los menores y la situación de desamparo en la que se encuentran, el Estado se ve obligado jurídicamente a proporcionarles una especial protección, y así queda recogido tanto en la normativa internacional como en la nacional.

Sin embargo, como veremos en este trabajo, las autoridades no siempre cumplen con este deber, creando así un complejo problema jurídico. Veremos que, durante la llegada, tramitación y repatriación del menor, el menor queda sometido a constantes vulneraciones de los derechos fundamentales de los que son titulares de acuerdo con la Constitución, lo que lleva en definitiva a la desprotección del colectivo. Así, el presente trabajo tiene como objetivo analizar el estatuto constitucional de los menores extranjeros no acompañados, es decir su condición como sujetos de derechos fundamentales, y las posibles vulneraciones iusfundamentales que se pueden dar de los mismos durante el procedimiento de repatriación.

Para empezar, el interés superior del menor, que es la guía que ayudará a determinar qué se debe hacer con los menores extranjeros no acompañados, es un concepto jurídico indeterminado en nuestro ordenamiento jurídico. Esto dificulta la interpretación de la situación del menor y la decisión sobre su futuro. A continuación, veremos como aquellos

¹ Fue principalmente a partir de los años 90 cuando comenzó a aumentar la llegada de migrantes en los Estados Miembros de la UE. La mayoría son de sexo masculino (95.01%) procedentes de Argelia (37%), Marruecos (31.29%), Costa de Marfil (10.54%) y Guinea (5.44%). Ver Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (2010), "La situación actual de los menores extranjeros no acompañados en España", en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos: Madrid, p. 14.

derechos que se consideran más relevantes para la presente investigación, por estar ligados al procedimiento de llegada, tramitación y posible repatriación de los niños, a menudo se ven vulnerados. En concreto veremos que se incumplen los derechos del menor a ser oído, a recibir asistencia letrada y a la tutela judicial efectiva. También es objeto de crítica el procedimiento de determinación de la edad, que no está adecuadamente regulado y por tanto vulnera su integridad, intimidad y libertad, e incurre en inseguridad jurídica y arbitrariedad.

Es imperante, por tanto, que se analicen en profundidad los problemas que presenta el tratamiento constitucional del menor y así determinar qué se puede hacer para mejorar su situación. En esta investigación, basada en una metodología de análisis de literatura, normativa y jurisprudencia constitucional y europea, se abordarán las distintas problemáticas que acompañan al tratamiento de este colectivo, que principalmente se resumen en constantes vulneraciones a sus derechos fundamentales y se formularán propuestas de mejora que aproximen la práctica a los estándares nacionales e internacionales.

Para abordar esta tarea, en primer lugar, se establecerá un marco conceptual en el que se explorará el concepto de menor extranjero no acompañado. A continuación, se analizará el estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados como sujetos de derechos, haciendo énfasis en el principio del interés superior del menor y derechos clave como el derecho a ser oído, la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita.

En un tercer apartado, se analizará el procedimiento de repatriación de los menores extranjeros no acompañados, que principalmente se desglosa en tres procesos: la determinación de la edad, la declaración de desamparo y el procedimiento de repatriación *per se*. Cada uno de ellos tiene asociado una serie de preocupaciones constitucionales, que serán analizadas en profundidad en el respectivo apartado.

En el último apartado de esta investigación, se ofrecerán conclusiones que sinteticen los principales desafíos identificados a lo largo del trabajo, así como recomendaciones para lograr una aproximación más integral y respetuosa al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en el ámbito constitucional. El análisis del estatuto del menor no acompañado la condición de extranjero a menudo prevalece sobre la de menor de edad en España, lo que vulnera el interés superior del menor y afecta a la protección de sus derechos fundamentales. Se requiere una reforma de la legislación que garantice

un proceso de repatriación más justo, con medidas como la asignación de un representante legal y la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación del interés superior del menor para lograr un tratamiento más constitucional de este colectivo vulnerable.

II. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO

Con el fin de poder abordar el tema de investigación de manera integral, esta sección se enfocará en entender los conceptos clave que sustentan este trabajo. Es decir, se asentará una base teórica que facilite el posterior análisis del estatuto constitucional de los menores extranjeros no acompañados.

En el Derecho comunitario, el menor extranjero no acompañado se definió por primera vez en una Resolución del Consejo de 1997 y, a partir de entonces, se ha utilizado la misma definición, con la mera modificación de haber añadido a los apátridas al colectivo². Así, se entiende que son menores extranjeros no acompañados:

“los menores de 18 años nacionales de países terceros (o apátridas) que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos”³.

Esta definición ha sido trasladada a la normativa nacional a través del artículo 189 Reglamento de Extranjería, con la singularidad de hablar de “extranjero” en vez de “nacional de tercer país” y el hecho de añadir el riesgo de desprotección como rasgo definitorio⁴.

Estas son solo dos de las numerosas definiciones que existen tanto a escala nacional como internacional, todas ellas útiles para desarrollar una idea integral de dicho concepto. Por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño los describe como “los menores que están

² Esta inclusión se produjo en la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DOCE núm. L 212/12 del 7 de agosto de 2001).

³ Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03) (BOE Núm. 221 de 19 de julio de 1997), de ahora en adelante, Resolución del Consejo.

⁴ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”⁵. El criterio fundamental, en todo caso, es si existe un adulto que cubra las necesidades físicas y emocionales del menor⁶.

En relación con la terminología, se ha de aclarar que en esta investigación se usará principalmente el término "menor" por ser el más utilizado por el legislador nacional. Sin embargo, la tendencia internacional está cambiando hacia el uso de "niños y niñas" o “niños, niñas y adolescentes”, que enfatiza la protección sin comparaciones.

A continuación, se hará un análisis de los distintos componentes de esta definición para hacer un mejor desglose del presupuesto teórico sobre el cual se fundamenta esta investigación. En concreto, se hará un estudio de las tres notas definitorias comunes a todas las definiciones expuestas con anterioridad: minoría de edad, ausencia de un adulto responsable y condición de inmigrante. Luego se verá la contradicción existente entre la condición de minoría y la de inmigrante.

1. Minoría de edad

De acuerdo con el artículo 12 CE: “los españoles son mayores de edad a los 18 años”. Por tanto, a sensu contrario, los menores de edad serán los menores de 18 años. Esta minoría puede ser de carácter absoluto, como es la establecida en la Resolución del Consejo, o puede ser relativa, como ocurren en la Convención de Derechos del Niño (artículo 1)⁷ o la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁸ (de ahora en adelante LOPJM, artículo 1) que establece que el menor es aquella persona que no haya alcanzado los 18 años, salvo que en virtud de “la ley que le sea aplicable” haya alcanzado antes la mayoría de edad. En el caso de la inmigración se hace referencia al menor en términos absolutos, por lo que todo el análisis que se hará a continuación se aplicará a todo menor que se halle en la situación descrita, independientemente de que, bajo su ley nacional, sean ya mayores de edad.

⁵ Observación General nº 6 (2005) sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6).

⁶ Durán Ruiz, F.J. (2007). Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, p. 11.

⁷ Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 31 de 31 de diciembre de 1990). Como ocurre con todos los tratados internacionales, ha sido indirectamente constitucionalizada en virtud del artículo 39.4 CE.

⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

De la minoría de edad se desprenden dos consecuencias esenciales en esta investigación por su grado de conexión con los derechos fundamentales de este colectivo. Por una parte, el reconocimiento de la titularidad del menor sobre sus derechos fundamentales y su capacidad progresiva para ejercerlos, y, por otra parte, la necesidad de que reciban una especial protección por parte del Estado debido a su especial vulnerabilidad.

En primer lugar, la idea de que el menor es titular de los derechos fundamentales está ampliamente asentada en la jurisprudencia constitucional⁹, en la LOPJM (Artículo 3), y en los textos internacionales. Como explica Aláez Corral: “Casi nadie duda ya en España que el menor es titular de los derechos fundamentales (...) y que la minoría de edad es una circunstancia que, como mucho, solo incide sobre la capacidad de ejercicio de dichos derechos”¹⁰.

En segundo lugar, tenemos la debida protección del menor por parte del Estado, que es parte del mandato constitucional establecido en el artículo 39 CE. Es precisamente este mandato el que justifica que el menor, pese a ser el titular del derecho en sí, pueda ejercer sus derechos fundamentales a través de un representante cuando no le sea posible hacerlo por sí mismo¹¹. Así se desprende también del artículo 2.1 de la LOPJM, cuando establece que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

2. La ausencia de un adulto responsable

La ausencia de un adulto responsable significa la ausencia de un adulto que, por ley o costumbre, sea responsable del menor. Esto puede ser o bien de forma originaria, si llegan a España sin un adulto responsable, o sobrevenida, si una vez dentro del Estado el vínculo de protección desaparece o el adulto deja de cumplir con las obligaciones de protección. De acuerdo con la definición sobre la cual se sustenta esta investigación, enunciada *supra*, el término “no acompañado” no se refiere a la soledad en términos físicos absolutos, sino a la “falta de compañía de quien de él es responsable”, lo cual significa que también serán

⁹Ver la STC 197/1991, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991); 154/2002, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002); y 141/2000, de 29 de mayo (BOE Núm. 156, de 30 de junio de 2000), en la que el Tribunal afirma que —los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales [...], y el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación modula su capacidad de obrar” (FJ5).

¹⁰ Aláez Corral, B. (2013). El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, vol. 21(1), p. 41.

¹¹ *Ibid.*, pp. 46.

menores no acompañados los que se encuentren con adultos que no sean legalmente responsables de ellos (amigos, familia extensa...) ¹².

Al carecer de un adulto responsable, el menor carece de una familia y, por tanto, del principal referente jurídico de los menores en nuestro ordenamiento jurídico ¹³. Por tanto, los menores se encuentran en una situación legal de desamparo. El desamparo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172 CC ¹⁴, se refiere a “aquella situación que se produce de hecho, a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Como se verá, la consecuencia principal del estado de desamparo del menor es que la tutela de este deberá ser asumida de forma automática por la Administración (artículo 172 CC).

3. La condición de inmigrante

Esta característica es la más ambigua, puesto que en la definición de la Resolución Europea se hace referencia a “apátridas” o “nacionales de terceros países”, mientras que en la normativa nacional se habla de “extranjeros”. Por tanto, la normativa europea tiene un campo más restringido, refiriéndose sólo a los inmigrantes no comunitarios, mientras que la normativa española es más general, haciendo referencia también a los menores de otros Estados miembros.

La condición de inmigrante es la que puede suponer una reducción de la titularidad de ciertos derechos puesto que, como se ha explicado antes, la condición de menor no supone una limitación de su titularidad, sino solo de su ejercicio. De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 CE los extranjeros gozan de las libertades públicas establecidas en el Título I, con dos restricciones: la titularidad del sufragio activo y pasivo (salvo en elecciones municipales, que depende lo establecido en la ley), y el acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad.

Como establece la STC 107/1984 sobre los derechos fundamentales de los extranjeros en España, existen tres tipos de derechos con respecto a los extranjeros: los que corresponden por igual a españoles y extranjeros (serán los “directamente vinculados con la dignidad”),

¹²Alonso Sanz, L. (2014). *El Estatuto Constitucional del Menor Inmigrante* (Tesis). Universidad Complutense de Madrid, p.119-120.

¹³Gutiérrez García, C. y Marí Sánchez, J.M. (2000). Los derechos del menor. Evolución y situación actual, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, vol. 28, sept. 2000, p. 29.

¹⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 24 de julio de 1889).

los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los del artículo 23 CE, con la salvedad de lo establecido en el 13.2) y otro grupo, ambiguo, que pertenecerá o no a los extranjeros según lo dispongan las leyes y tratados¹⁵. Sin embargo, debido a la remisión a la Ley, la falta de claridad sobre qué derechos pertenecen a cada grupo y el uso de criterios indeterminados, aun no existe una interpretación sistemática y clara de lo que implica el artículo 13 CE¹⁶.

La conclusión a la que se llega tras un análisis de los preceptos constitucionales en cuestión y de la STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007¹⁷, es que el extranjero está privado de los derechos que están imputados al ciudadano (artículo 23 CE) y que, respecto al ejercicio del resto, se podrán establecer límites proporcionales basados en la defensa de otros intereses, el respeto al contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad¹⁸, y siempre y cuando así se establezca por Ley. Es una interpretación cada vez más igualitaria, consecuencia de la “inercia expansiva del principio de igualdad y no discriminación del Derecho de la UE”, así como la tendencia a una lógica universalista¹⁹.

En todo caso, como explica Ana Ruiz Legazpi: “los derechos de los menores, al ser indisponibles para los poderes públicos se encuadrarían entre aquellos que les corresponden en igualdad con los españoles”²⁰. Es decir, el punto de partida de esta investigación es que el Estado debe proporcionar la misma protección a los menores extranjeros y a los nacionales porque la condición de menor prevalecerá sobre cualquier otra existente²¹.

¹⁵ Ver la STC 107/1984, de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984) (FJ 4)

¹⁶ Para una mayor profundización sobre la evolución de la postura del TC sobre los derechos de los extranjeros ver Vidal Fueyo, M^ºC. (2009). La jurisprudencia del TC en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007, *Revista Española de derecho Constitucional*, n^º 85 (enero-abril 2009), pp. 353-379.

¹⁷ (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).

¹⁸ Para más información sobre el principio de proporcionalidad ver González Beilfuss, M. (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC*, Aranzadi: Pamplona.

¹⁹ Esteve García, F. (2009). Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos, en Aja, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 52-53 y Giménez Glück, D. (2004). *Juicio de igualdad y TC*, Bosh: Barcelona, p. 41.

²⁰ Ruiz Legazpi, A. (2004). *op. cit.*, p. 146, citando a su vez la STC 141/200, de 29 de mayo (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000)

²¹ Mayoral Narros, I.V., Frías Fiel, T., Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M, “El acogimiento residencial” en Martínez García, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 208.

4. El conflicto entre la normativa del menor y la de inmigrante irregular

El marco normativo relativo a los menores extranjeros es muy complejo puesto que intervienen una gran variedad de normas de distinto tipo: nacionales e internacionales, estatales y autonómicas, civiles y administrativas. A lo largo del análisis de esta investigación se irá haciendo referencia a los artículos y leyes relevantes al procedimiento de repatriación. Sin embargo, para ver un esquema ordenado y sistematizado de todas las normas pertinentes, ver el ANEXO I.

En definitiva, el menor está sujeto a una doble condición de inmigrante y menor y esto le hace estar sometido a dos normativas que responden a principios jurídicos distintos: la LOPJM y la LOEx²². El problema, por tanto, es la contradicción entre los intereses de la LOEx, como son la seguridad de fronteras y el control de flujos migratorios con los intereses de la normativa sobre menores, como son el deber de reconocer los derechos de los niños *sin distinción alguna* y el deber de proteger el interés superior del menor. El objetivo de esta investigación es analizar qué problemas surgen como consecuencia de esta contradicción de normativas. Veremos que, en definitiva, lo que se da es una desprotección del colectivo. En un informe de 2016, Save the Children declaraba que

“El Estado español no está cumpliendo plena ni satisfactoriamente con sus obligaciones legales respecto a estos grupos; está vulnerando algunos de sus derechos tanto por acción como por omisión. Se antepone su condición de inmigrantes a la de ser menores de edad, y existen contradicciones entre las leyes y prácticas dirigidas a controlar los flujos migratorios y las que tienen como fin proteger a niños y niñas (...). Hay niños que no son tutelados, viven en la calle y sobreviven como pueden.”²³.

Por tanto, en los siguientes apartados se analizarán ambas normativas conjuntamente, tanto la que regula el proceso migratorio como la de los derechos e intereses del menor. Así, se intentará discernir cuáles son los derechos que deben garantizarse al menor durante el proceso de llegada, tramitación y, en su caso, repatriación, y cómo se protege su “interés superior”.

²² Sánchez González, M.^a Paz, Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España, *Actualidad Civil*, nº 18, octubre 2005, p. 2183

²³ Save the Children (2016). *Infancias Invisibles: Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*. Save the Children.

III. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO COMO SUJETO DE DERECHOS

1. El interés superior del menor

Todas las decisiones sobre el menor no acompañado, desde su llegada hasta la decisión final de permanencia o repatriación, se han de tomar considerando el principio del interés superior del menor²⁴. Es decir, es un interés que prima “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”²⁵. Sin embargo, veremos que en la realidad no siempre se respeta esto, sobre todo cuando este entra en conflicto con los del Estado.

El interés superior del menor se cristaliza por primera vez como principio en la Convención de los Derechos del Niño de 1959 y se ha consagrado como un principio esencial al más alto nivel normativo²⁶. Sin embargo, la Convención no lo “llena de contenido”, por lo que la pregunta que surge con naturalidad a continuación es ¿qué es el interés superior del menor²⁷?

De la lectura del artículo 35 LOEx se desprende que el interés superior se identifica con la reagrupación familiar en el país de origen, puesto que establece que “de acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores”²⁸. Así ocurre también en la LOPJM, cuyo artículo 11 identifica el interés superior del menor con la reagrupación familiar.

Sin embargo, el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N°6, señala que en virtud del interés superior del menor se puede prolongar la separación de la familia y que hay que considerar otras posibilidades, como la permanencia en el Estado de acogida u otro tercero²⁹. También en el artículo 194.2 del RLOEx se establece que la decisión de repatriar o no se tomará de acuerdo con el principio de interés superior del

²⁴ Ver, por ejemplo, los artículos 2.1 y 3.1 de la Convención de Derechos del Niño o el artículo 2 y 11.1a) de la LOPJ. Ver también la STS núm. 453/2014, de 23 de septiembre de 2014, que remite a la *Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013*, que establece que la protección de los menores, y no de las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y de la UE (FJ 1).

²⁵ Flores González, B. (2018). La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5 (nº2), pp. 327.

²⁶ Alonso Sanz (2014), *op. cit.*, p. 105.

²⁷ Díez Morrás, F.J. (2012). Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, vol. 10, p. 98.

²⁸ *Ibid*, p.98.

²⁹ Rozzi, E. (2002). The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention on the Rights of the Child, *Save the Children Italy*, 2002

menor. Por último, en la Instrucción 6/2004 de la FGE se aclaró que la repatriación no es un objetivo absoluto, y que puede haber otros intereses (la vida o la integridad física o psíquica) que pueden hacer que “la balanza se incline a pro de su permanencia”³⁰.

En definitiva, el concepto del interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido puede variar dependiendo de la naturaleza de cada caso³¹. Para intentar solventar esta indeterminación, el TEDH ha ido concretando su contenido mediante su jurisprudencia. Para empezar, en el caso *Mayeka y Mitunga c. Bélgica* concluyó que la reagrupación familiar no será la única solución compatible con el interés superior del menor³². En *BB. C. Francia*³³ se establece que en las expulsiones de menores delincuentes se tiene que analizar si el menor puede ser objeto de persecución, violación de derechos o malos tratos en su país y en *Maslov c. Austria*³⁴ se vuelve a recalcar las dificultades que el menor puede tener en su país de origen se ha de tener en cuenta antes de decidir si se le puede expulsar. Por último, en *Saadi c. Italia*³⁵, se establece que no se puede devolver a nadie a su país de origen si existe un riesgo de maltrato.

Sin embargo, aún hay necesidad de mayor aclaración sobre lo que significa el interés superior del menor, ya que es a partir de ello que se construye todo lo demás. Por ello, más adelante se realizará una exposición de las propuestas de la doctrina para la construcción y definición del interés superior del menor.

2. Los derechos del menor extranjero no acompañado

Para determinar cuáles son los derechos de los que goza el colectivo de menores no acompañados, hay que analizar cuáles son los derechos de los que disfrutan como menores y cuáles son los que disfrutan como inmigrantes.

En su condición de menor, como ya se explicó *supra*, los niños no acompañados disfrutan de todos los derechos recogidos en la LOPJM y en la normativa internacional en condiciones de igualdad con respecto a los niños nacionales³⁶. Ello se debe a que la

³⁰ Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de menores extranjeros no acompañados. Doctrina de la FGE (Referencia BOE FIS-I-2004-00006).

³¹ Rozzi, E. (2002), *op. cit.*, p. 3.

³² TEDH. *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga v. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006, aplicación núm. 12178/03.

³³ TEDH. *Caso de BB contra Francia*, de 7 de septiembre de 1998, aplicación núm. 30930/96.

³⁴ TEDH. *Caso Maslov contra Austria*, de 6 de febrero de 2008, aplicación núm. 1638/03.

³⁵ TEDH. *Caso Saadi contra Italia*, de 28 de febrero de 2008, aplicación núm. 37201/06.

³⁶ Álvarez Vélez, M^a I. (2016). Sistema normativo español sobre protección de menores, *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, (coordinado por Clara Martínez García), Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 131.

LOPJM extiende sus disposiciones a todos los menores que se encuentren en territorio español (artículo 1). Por tanto, solo se podrá limitar el *ejercicio* de estos y ello siempre que se haga por motivos de su vulnerabilidad, su falta de madurez y el deber de protección de este por parte del Estado, y, además, se deberá hacer con el interés superior del menor en mente³⁷.

En su condición de inmigrante, cabe recordar que, como se explicó *supra* sobre el concepto de extranjero, en este trabajo se toma la postura más garantista, que entiende que los únicos derechos que se pueden restringir a los extranjeros son los de índole política (artículo 23 CE), que no son el caso de este colectivo. Lo que sí que se podrá restringir, y siempre de forma proporcional y atendiendo al interés del menor, es el *ejercicio* de estos por motivos de otros intereses como la gestión de flujos migratorios o el orden y seguridad públicos. De acuerdo con la STC 66/1995 de 8 de mayo³⁸, la restricción al ejercicio de derechos fundamentales ha de responder al principio de proporcionalidad (FJ 5).

De todas formas, como ya se ha explicado, el interés del menor neutraliza el “influjo negativo proveniente de su condición de inmigrante”³⁹. Y, además, existe un mandato constitucional de protección reforzada a los vulnerables (artículo 9.2 CE) y un mandato de tutela reforzada al menor (artículo 39 CE), que nos lleva a concluir que solo se podrán limitar el ejercicio de derechos cuando se persigan fines relativos a la protección del menor.

A continuación, se analizarán aquellos derechos que se consideran más relevantes para la presente investigación, por estar ligados al procedimiento de llegada, tramitación y posible repatriación de los niños. Este análisis es esencial para determinar la legitimidad o no de la repatriación puesto que aquellos casos donde la repatriación vulnera algunos de los derechos explicados a continuación, podría constituir un caso de repatriación indebida.

a) El derecho a ser oído y escuchado

El derecho del menor a ser oído está ampliamente reconocido tanto en la normativa nacional (artículo 9 LOPJM) como en la internacional (artículo 12 de la CDN y artículo

³⁷ Alonso Sanz (2014), *op. cit.*, p. 176

³⁸ (BOE núm. 140, de 13 de junio de 1995)

³⁹ Alonso Sanz (2014), *op. cit.*, p. 37.

24 de la CDFUE). Básicamente, este derecho implica dar al niño la oportunidad de ser escuchado tanto en el ámbito familiar como en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, siempre en la medida que su madurez y edad lo permitan. Como aclara el 9.2 LOPJM “la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso” y en todo caso será suficientemente maduro a los 12 años.

Para ejercer este derecho “el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias” (artículo 9.1 LOPJM). Además, podrá ejercerse tanto por el mismo menor (solo o con asistencia de profesionales) o a través de una persona que le represente (artículo 9.2 LOPJM).

Este derecho es especialmente relevante por estar ligado al interés del menor, ya que permite tener una concepción subjetiva y personal de lo que constituye este interés y en qué se concreta en el caso real⁴⁰. De hecho, el artículo 2.2 b) LOPJM establece el derecho del menor a “participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”. En este sentido, Elena Rozzi establece que es importante asegurar la participación de todas las partes interesadas en el debate procesal, porque solo así podrán “surgir verdades de la discusión”, y se podrá formar un juicio de manera bilateral sobre los intereses del niño en esa situación⁴¹.

Además, el derecho a ser oído también está estrechamente vinculado a la tutela judicial efectiva. En esta línea, el TC ha establecido en numerosas ocasiones que el derecho a ser oído, cuando el menor presenta juicio suficiente, es indispensable para la tutela judicial, y que, si no se cumple aquel, esta tutela no será efectiva⁴².

Ahora bien, ¿se escucha realmente a los menores no acompañados en los trámites administrativos que le conciernen? De acuerdo con el artículo 35.5 y 35.6 de la LOEx y

⁴⁰ Ramón Fernández, F., (2016). El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten. *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 132-158.

⁴¹Rozzi, E. (2002), *op. cit.*, p. 8.

⁴² STC 221/2002 de 25 de noviembre (BOE núm. 304 de 20 de diciembre de 2002), STC 183/2008 de 22 de diciembre de 2008 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009) (FJ5) y STC núm. 71/2004 (Sala Segunda), de 25 de noviembre

el 194.1 del RLOEx, antes de tomar la decisión de repatriación se debe escuchar al menor y solicitar un informe a los servicios de protección de menores y al Ministerio Fiscal. Sin embargo, son muchas las organizaciones que alegan que este derecho a menudo no se cumple en la práctica. Así, en un informe de 2004 y posteriormente en 2016, Save the Children denunció que “no se conoció de ningún menor que haya sido entrevistado o recibido por alguna Delegación del Gobierno” y que nuestro país no posee las herramientas para escuchar efectivamente al menor⁴³.

Además, el derecho a ser oído no se contempla en la regulación relativa al procedimiento de determinación de la edad del menor. Según el Defensor del Pueblo, “las investigaciones realizadas muestran que los interesados no son informados por los servicios policiales sobre el inicio del procedimiento, su alcance y sobre la naturaleza de las pruebas a las que van a ser sometidos”⁴⁴.

En definitiva, pese al amplio reconocimiento de este derecho, aún queda camino que recorrer en cuanto a su efectiva implementación. Para ello, en el apartado VI se propondrán soluciones a las vulneraciones al derecho a ser oído.

b) Tutela judicial efectiva

De acuerdo con el artículo 24.1 de la CE, “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”⁴⁵. En este sentido, el TC ha aclarado que esto comprende principalmente el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar una actividad jurisdiccional que acabe en una decisión judicial, y el acceso a que dicho proceso cumpla con todas las garantías⁴⁶. También ha aclarado que se trata de un derecho que le pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, por su estrecha relación con la dignidad humana⁴⁷.

⁴³ Sastre A. (coord.) et al, *op. cit.* p.19 y Save the Children España. (2004). *Informe sobre la situación de los menores no acompañados en España*, Documento de trabajo IV, p. 28. Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/menores_solos.pdf

⁴⁴ Defensor del Pueblo (2012). *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, p.171.

⁴⁵ También encontramos este derecho recogido en el artículo 6 CEDH, en los arts. 2 y 4 del Protocolo N°7 al CEDH y el artículo 47 CDFUE

⁴⁶ Ver, entre otras, la STC 211/1996, de 17 de diciembre (ES:TC:1996:211) (FJ 2), o la STC núm. 112/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160, de 06 de julio de 2015).

⁴⁷ Ver STC 107/1984 de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984) (FJ 3) y STC 11/1983 de 21 de febrero (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 1983).

Con respecto a los menores no acompañados, este derecho implica que todos aquellos con capacidad y madurez suficiente puedan instar de los órganos judiciales la defensa de intereses que le afecten personalmente, ya sea por él mismo directamente o mediante la figura del representante o del defensor judicial⁴⁸. Se puede derivar este derecho de lo establecido en el artículo 11.1 LOPJM: “Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen”.

Además, la especial vulnerabilidad del colectivo por su doble condición de menor en desamparo e inmigrante les hace merecedores de un mandato de tutela judicial reforzada⁴⁹. Víctor Ferreres explica que el Tribunal tiene la posibilidad de tener “un mayor nivel de sospecha frente al legislador” cuando se trate de leyes que afectan los intereses de grupos sociales que tienen cierta dificultad para integrarse en la sociedad y en la política⁵⁰. Es decir, es una forma de evitar que ciertas minorías se perjudiquen de los prejuicios de la mayoría, como es el caso de los menores extranjeros, que no pueden participar en las leyes que les afectan por ser menores y por ser extranjeros.

Esta tutela reforzada significa dos cosas. Por una parte, implica que se exija un control de constitucionalidad más estricto para restringir los derechos fundamentales de las personas vulnerables⁵¹. Por otra parte, implica mayor obligación positiva del Estado con respecto a los colectivos en cuestión, lo cual se materializa en la inversión de la carga de prueba, de tal manera que será el Estado el que deberá probar que ha brindado la debida protección al colectivo vulnerable, y no al revés⁵².

Sin embargo, una vez más, se dan vulneraciones constantes a este derecho en el procedimiento de repatriación de los menores extranjeros. Por ejemplo, en el

⁴⁸ Ver STC 183/2008, de 22 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009) (F.J.5)

⁴⁹ Es una teoría que nació en la Jurisprudencia estadounidense, ver *United States v. Carolene Products CO.*, 304 U.S. 144 (1938) que establece: “Prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and [so] may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.”

⁵⁰ Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia Constitucional y democracia*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, p. 58

⁵¹ STEDH de 20 de mayo de 2010, caso *Alajos Kiss contra Hungría*, párrafo 42: “si una restricción de un derecho fundamental se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad, [...] el margen de apreciación del Estado es sustancialmente menor, y deben existir razones de mucho peso para aplicar la restricción en cuestión [...]” El motivo es que dichos colectivos normalmente son víctimas de una larga discriminación que los ha llevado a ser excluidos socialmente. Por tanto, corren el riesgo de que se hayan generado estereotipos legislativos que impidan la evaluación individualizada de sus necesidades.

⁵² Ver la STEDH de 8 de noviembre de 2012, asunto *Z.H contra Hungría*, en la que se condena Hungría por no ser capaz de probar que adoptó las medidas necesarias para proteger a un discapacitado detenido que sufrió un trato inhumano y degradante en la prisión.

procedimiento de determinación de la edad del menor, el interesado no tiene acceso a un recurso efectivo para oponerse al decreto fiscal que pone fin al procedimiento⁵³. Para algunos, el mero hecho de que sea el Ministerio Fiscal, y no un juzgado, el encargado de supervisar el procedimiento de determinación de la edad vulnera la tutela judicial efectiva, al ser un procedimiento que afecta a la integridad del menor⁵⁴.

Asimismo, se denuncia las dificultades de acceso a la jurisdicción para los menores extranjeros en conflicto con la administración. Como se ha ido estableciendo a lo largo de la investigación, son varias las ocasiones en las que la voluntad del menor entra en conflicto con la Administración. Entre ellas encontramos las siguientes: los conflictos entre la auto-identificación y la hetero-identificación (cuando el menor se identifica como tal pero la Administración duda de la veracidad de esta declaración), los conflictos a la hora de determinar la solución duradera (el menor prefiere permanecer en España y la Administración considera que es mejor repatriarle), conflicto en relación con la educación (la Administración no le da elección al menor sobre el itinerario formativo) o conflictos relativos a la falta de tramitación del permiso de residencia⁵⁵.

En todos los casos anteriores, surgen dificultades para acceder a la jurisdicción “por lo que prevean las leyes procesales a la hora de determinar quienes cuentan con capacidad procesal”⁵⁶. En este sentido se ha pronunciado el TC en las STC 183/2008⁵⁷ y STC 184/2008⁵⁸, en las que se establece que el derecho a la tutela judicial queda vulnerado si no se permite al menor defender sus propios intereses cuando tenga capacidad y madurez para ello y cuando no se permita nombrar a un defensor judicial del menor, cuando el órgano judicial entiende que es imprescindible para la comparecencia del menor en juicio⁵⁹.

⁵³ Defensor del Pueblo (2012), *op. cit.*, p. 169. Solo se pueden recurrir los efectos derivados de la aplicación del decreto. Estas vías indirectas de recurso suelen ser ineficaces por “el tiempo que va aparejado a su resolución y porque no van a la raíz del problema”, ver Gómez Fernández (2017), *op. cit.* p. 17.

⁵⁴ Ver Fundación Raíces y Nova Vies (2019). Informe sobre la Situación del a Infancia Migrante en España. Recuperado de https://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/EPU-2020_Informe-conjunto-infancia-migrante-en-Espa%C3%B1a.pdf

⁵⁵ Gómez Fernández, I. (2017). Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, p- 5-6.

⁵⁶ Gómez Fernández, I. (2017), *op. cit.*, p. 9. La autora explica que, ante la falta de capacidad procesal del menor, a menudo debe intervenir a través la entidad pública puesto que el menor no está acompañado de su tutor legal. El problema es que cuando los intereses del menor no coinciden con los de la Administración, debería activarle la cautela de nombrar a un defensor judicial, lo cual no ocurre en la práctica.

⁵⁷ STC 183/2008 de 22 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009) (FJ 5)

⁵⁸ STC 184/2008, de 22 de diciembre de 2009 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009)

⁵⁹ Gómez Fernández, I. (2017), *op. cit.* P. 11

c) Asistencia letrada

De acuerdo con el artículo 119 CE, la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Con respecto a los extranjeros, el TC ha aclarado que “toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar”⁶⁰. También aclara que la configuración concreta de este derecho está en manos del legislador, por lo que habrá que atender a lo establecido en la respectiva ley. En este caso la LOEx no reconoce este derecho para el caso de repatriación de menores extranjeros no acompañados, pero este trabajo considera necesario su estudio por la estrecha relación con el derecho a ser oído, el derecho a una tutela judicial efectiva y la necesidad de velar por el interés superior del menor⁶¹.

Por tanto, no se reconoce por ley el derecho a la asistencia letrada del menor en el procedimiento administrativo de repatriación, solo se hace con respecto a la fase jurisdiccional de impugnación de la resolución administrativa que finaliza el procedimiento. La justificación es que se trata de un procedimiento administrativo con una finalidad de “protección” y no de sanción, y el derecho a la tutela judicial y por ende a la asistencia letrada solo entran en juego en el marco de un proceso judicial o administrativo sancionador⁶².

Sin embargo, la falta de asistencia jurídica vulnera numerosos derechos del menor y le deja en situación de indefensión. En primer lugar, la asistencia es requisito indispensable para el ejercicio del derecho a ser oído, y, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, como ya se ha establecido, uno es necesario para que se dé el otro. En este sentido, el Defensor del Pueblo ha establecido: “la asistencia jurídica del letrado es requisito ineludible y necesario para llevar a efecto el derecho del menor a ser oído, ni siquiera la intervención del Ministerio Fiscal puede dejar sin efecto esa asistencia jurídica”⁶³. La intervención del Ministerio Fiscal, pese a ser útil y necesaria, no es un reemplazo de la asistencia letrada, puesto que esta proporciona una exclusividad y una individualización especial.

⁶⁰ STC 95/2003 de 22 de mayo (BOE núm. 139, de 10 de junio de 2003) (FJ 4)

⁶¹ Defensor del Pueblo (2005) *Informes Sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, p. 335

⁶² Cierco Seira, C. (2006) La subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso: reflexiones a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales, *Revista de Administración Pública*, 170, Madrid, pp. 145-189.

⁶³ Defensor del Pueblo (2005), *op. cit.* p. 329 y 330

En segundo lugar, supone un problema a la hora de tramitar y lidiar con documentos y entender con claridad el procedimiento al que están siendo sometidos. El procedimiento de repatriación es un asunto de gran complejidad legal y técnica, con una regulación confusa y esparcida y una dificultad añadida dada por el idioma, que a menudo es desconocido por los menores en cuestión. Esto hace necesario la ayuda de una persona con conocimientos legales, sin que sea suficiente la asistencia de trabajadores sociales o de la administración encargada de la tutela, sobre todo si se tiene en cuenta las posibles fricciones que pueden darse entre esta y el menor.

En tercer lugar, constituye una discriminación con respecto a los extranjeros adultos, a los que sí se les reconoce el derecho a asistencia letrada en todos los procedimientos administrativos que puedan terminar en retorno (artículo 22.2 LOEx), lo cual supone una vulneración al principio de no discriminación recogido en la convención de derechos del niño.

d) Otros derechos

Evidentemente, la lista de derechos de los que son titulares los menores extranjeros no acompañados es bastante larga. Por motivos de extensión, no podemos entrar en profundidad en todos ellos, pero en este apartado se hará mención a alguno de los restantes para que se tengan en cuenta a la hora de analizar el procedimiento de repatriación y a la hora de realizar las propuestas de mejoras *infra*.

Para empezar, uno de los derechos más debatidos y sobre los cuales hay menos literatura es el derecho del niño a la reagrupación familiar. La reagrupación familiar se refiere al derecho del niño a vivir en su propia familia de origen, que debe ocuparse de su manutención y educación, y favorecer su desarrollo⁶⁴. Existe una extensa literatura sobre la reagrupación familiar en territorio español, pero poca sobre la reagrupación familiar en el territorio de origen, que es a la que se refiere la normativa de extranjería cuando habla del procedimiento de repatriación.

Con respecto a la reagrupación familiar en España, una de las aportaciones más importantes fue la de la STC 236/2007. En ella, el TC explica que, aunque el TEDH no ha deducido expresamente del derecho a la intimidad familiar un derecho a la

⁶⁴ Rozzi, E. (2002), *op. cit.*, p. 7. La autora se basa en los arts. 7, 8, 9, 10, 22.2 y 27.2 de la CDN. Por ejemplo, el artículo 9 establece: " Los Estados Parte velarán por que no se separe a un niño de sus padres contra voluntad de éstos, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un control judicial con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

reagrupación familiar, sí los ha “vinculado” en cierta manera en los casos en los que “la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico”⁶⁵. Sin embargo, normalmente son casos relacionados con situaciones de asilo o refugio, y no situaciones de inmigración irregular, que es el objeto de estudio de esta investigación.

En cuanto a la reagrupación familiar en el territorio de origen, a la cual se refiere el artículo 35.5 LOEx, no existe mucha literatura. De hecho, el derecho a la reagrupación familiar no aparece como tal en la mayor parte de textos legales como derecho, sino como objetivo de la repatriación del menor. Sin embargo, es lo que justifica la repatriación, por tanto, sea o no un derecho, es considerado por la legislación española como el fin de la repatriación por favorecer al interés del menor.

Pero, como aclaran algunos autores, vivir junto a su familia es, en todo caso, un *derecho* del niño, no un *deber*, y la aplicación de este derecho siempre debe tender hacia el interés superior del niño⁶⁶. Por ello, habrá que analizar de forma casuística la situación y, atendiendo al principio de proporcionalidad, determinar si la reunificación familiar tiene más peso que los posibles derechos que se vulneren en el proceso. En todo caso, la reunificación familiar no debe utilizarse como justificación para actuar en contra del interés superior del niño y en ocasiones la separación de las familias puede ser necesaria en el mejor interés del niño (artículo 9 CDN)⁶⁷.

Otro derecho del que disfrutaban todos los menores extranjeros en España, con independencia de su situación de legalidad, es el de la educación (artículo 9 LOEx y artículo 28 CDN). Esto se debe a la “inequívoca” vinculación de la educación con la dignidad humana y su importancia para el pleno y libre desarrollo de la personalidad⁶⁸. Además, es un paso importante para la integración del menor y la prevención de situaciones de riesgo⁶⁹. Así se establece también en el apartado 18 de la Resolución 2012/2263, que establece el derecho a la educación, a la formación profesional y la

⁶⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007) (FJ11)

⁶⁶ Por su parte, el Tribunal Europeo estableció en la STJUE de 27 de junio de 2006 que del artículo 8 del Convenio no se desprende un derecho absoluto a la reagrupación familiar. Ver STJUE del 27 de junio de 2006, Caso C-540-03, European Court Reports 2006 I-05769, ECLI:EU:C:2006:429

⁶⁷ Rozzi, E. (2002), *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸ STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007) (FJ8)

⁶⁹ Adroher Biosca, S. (2002). “Menores en situación de conflicto: Los Menores Extranjeros No Acompañados”, en Lázaro González, I. (coord.), *Los Menores en el Derecho Español*, Madrid: Tecnos.

asesoría socioeducativa⁷⁰. Por tanto, los menores no acompañados tienen derecho a acceder a la educación primaria y secundaria de forma igualitaria a los españoles.

Sin embargo, el acceso a la educación por parte de este colectivo también encuentra varios obstáculos. Para acceder a la educación hace falta un pasaporte, y a menudo existen problemas la convalidación de títulos del país de origen, lo cual dificulta su inscripción en centros educativos. Lo mismo ocurre a la hora de obtener un título homologado, puesto que se les pone dificultades por no tener papeles. Además, no se permite el acceso a cualquier estudio, sino que se les ofrece un limitado número de cursos por horas que no son verdaderos ciclos de Formación Profesional⁷¹.

Por último, hay que mencionar que el menor también tiene derecho a solicitar asilo o protección internacional. En el caso de que así sea, este será sometido al procedimiento de asilo y no al de repatriación, salvo que se le deniegue aquella. Por ello, cuando se considere que el menor podría ser sujeto de protección internacional, se creará un expediente individual y se abrirá el procedimiento de solicitud de asilo, de acuerdo con la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria⁷². Por motivos de extensión, este trabajo no va a abordar el caso de los menores solicitantes de asilo, tema que podría ser, por sí solo, sujeto de una investigación en profundidad.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE EDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

Uno de los principales problemas del tratamiento del menor extranjero es la determinación de su edad. Es frecuente que los menores que entran en territorio español carezcan de documentos de identificación que permitan conocer su edad, y además suele haber discrepancia entre la edad que alega el menor y la edad que aparenta. Por tanto, el primer paso que se ha de realizar cuando se localiza a un menor extranjero no acompañado es la determinación o confirmación de su minoría de edad (artículo 35.3 LOEx y 190.1 RLOEx).

⁷⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI))

⁷¹ Save the Children (2016), *op. cit.*, p. 21.

⁷² BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009.

La importancia de la prueba radica en la trascendencia jurídica que tiene el ser menor o mayor de edad⁷³. Si es mayor, el individuo estará en situación irregular y podrá ser considerado como infractor y ser sancionado con la expulsión del territorio nacional (artículo 57 LOEx). De hecho, si han sido interceptados en la entrada al país, estos adultos serán sometidos al procedimiento de devolución⁷⁴, el cual produce una mayor indefensión del extranjero porque se ejecuta en un tiempo muy breve y con escasas formalidades⁷⁵. En cambio, si se trata de un menor, deberá recibir la protección que le corresponde a los menores, y será sometido al procedimiento de repatriación, que no es un procedimiento sancionador. Así, será puesto a disposición del servicio de protección de menores autonómico (y será considerado desde entonces como en situación regular) e inscrito en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Es decir, la diferencia principal radica en que no se contempla la expulsión de los menores, mientras que esto sí que ocurre con los mayores de edad. A continuación, veremos los problemas que aborda el procedimiento de determinación de la edad.

El primer problema que surge con respecto a este procedimiento es su regulación legal. Las pruebas de determinación de la edad afectan a una gran diversidad de derechos fundamentales, entre ellos la integridad física (artículo 15 CE), la libertad (artículo 17 CE), la intimidad (artículo 18 CE) y la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Por tanto, las normas que lo regulen han de tener rango de ley, según lo establecido en el artículo 53.1 CE y la jurisprudencia constitucional⁷⁶. Aunque es cierto que las líneas generales del procedimiento de determinación de la edad están reguladas en la LOEX y el RLOEx (artículos 35.3 y 190 respectivamente), se trata de una regulación escasa e incompleta. Así, la regulación detalla se encuentra en el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No acompañados, que es de rango infra legal y por tanto no es válido para regular los procedimientos que supongan una intervención iusfundamental⁷⁷.

⁷³ Ruiz Legazpi, A. (2004). La Determinación de la Edad de los Extranjeros Indocumentados. *Revista de Derecho Político*, núm. 61, pp. 153.

⁷⁴ De acuerdo con el artículo 58.3 de la LOEx y el artículo 23 del RLOEx, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país.

⁷⁵ Batuecas Florindo, J.M. (2009). *La expulsión del extranjero en la legislación española* (Editorial Club Universitario: San Vicente).

⁷⁶ Ver por ejemplo la STC 206/2007, de 24 de septiembre (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007) (F.J. 5), que establece que la reserva de ley constituye "el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas".

⁷⁷ Alonso Sanz (2014), *op. cit.*, p. 281.

La segunda cuestión que suscita dudas es quién ha de ser sometido a las pruebas de determinación de la edad. De acuerdo con el 35.1 las pruebas se realizarán cuando exista un menor cuya minoría no pueda ser establecida con seguridad. Es decir, se realiza a individuos indocumentados o cuya documentación no sea válida por haber indicios de falsedad y concurren además dudas sobre su minoría⁷⁸. El artículo anterior se ha de completar con el artículo 190.4 del RLOEx que establece que cuando la minoría de edad sea “indubitada”, por motivos de apariencia física o por la existencia de un documento válido, no será necesario practicar dichas pruebas⁷⁹.

El problema es que en la práctica no siempre se respeta lo anterior, y las previsiones del 35.1 son interpretadas con excesiva amplitud, llevando a que se practiquen las pruebas a menores con documentaciones válidas⁸⁰. En este sentido, se ha constatado que se siguen practicando pruebas a menores con pasaporte o certificado de nacimiento válido, incluso sin existir cuestiones sobre la validez de estos⁸¹. En otras ocasiones, cuando existen documentos y pruebas médicas con resultados contradictorios, se priorizan los resultados de las pruebas médicas⁸². Esta denegación arbitraria de documentos públicos extranjeros puede ser interpretada como una vulneración al principio de legalidad y de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE⁸³. Además, genera una situación muy conflictiva: para los servicios de protección del menor no son menores, pero para el resto del mundo sí. Esto significa que no pueden trabajar ni iniciar ningún trámite administrativo por no contar con el consentimiento de un representante legal, pero tampoco pueden tener acceso a dicho representante porque la Fiscalía General no les considera menores.

⁷⁸ De acuerdo con la Circular 2/2006 de la FGE, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (FIS-C-2006-00002) y el apartado IV del Capítulo IV del Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, de 16 de octubre de 2014 («BOE» núm. 251, de 16 de octubre de 2014).

⁷⁹ Así lo explica el TS en la STS 453/2014, 23 de septiembre de 2014 (RJA 4689), en la que establece que “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad” (FJ 2). Doctrina reiterada por las STS 11/2015 de 16 de enero (RJ 2015/121) y 11/2015 de 22 de mayo (RJ 2015/121).

⁸⁰ Así lo permite también el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, porque permite al fiscal declarar los documentos como “de dudosa fiabilidad” y por tanto le da vía libre para determinar en qué casos se ha de iniciar el procedimiento.

⁸¹ Defensor del Pueblo (2016), Informe anual a las Cortes Generales de 2016, p. 252, Sastre A. (coord.), Escorial, A., Marcos L. y Perrazo, C. (2016). *op. cit.*, p. 18 y Fundación Raíces y Nova Vies (2019), *op. cit.*, p. 3.

⁸² Fundación Raíces y Nova Vies (2019), *op. cit.*, p. 3.

⁸³ Alonso Sanz (2014), *op. cit.*, p. 282 y 298.

El tercer aspecto importante es quién ha de realizar las pruebas de determinación de la edad. El órgano competente para “disponer de la determinación de la edad” es el Ministerio Fiscal, según lo establecido en el artículo 35.5 LOEx, por ser el garante *ex lege* de los derechos del menor⁸⁴. Esto significa que el Ministerio Fiscal ha de “disponer lo necesario para instar la colaboración de otras instituciones, como las sanitarias y médico forenses”⁸⁵. Sin embargo, en la práctica esta exclusividad no siempre se ha respetado, existiendo casos en los que la policía o los servicios de protección de menores solicitan la realización de las pruebas sin autorización previa del Fiscal⁸⁶.

Ahora bien, ¿cómo se determina la edad del menor? Existen una serie de pruebas de índole distinto al médico, como las entrevistas, estudios de documentación o métodos psicológicos⁸⁷. Sin embargo, las más problemáticas y comunes son las pruebas médicas forenses. Entre ellas, la más habitual es la osiométrica⁸⁸, que incluye entre otros la técnica de Greulich-Pyle⁸⁹, consistente en analizar los huesos de la muñeca y mano a través de radiografías, y el método TW-2⁹⁰, que también permite analizar la madurez ósea mediante radiografías. Otras pruebas incluyen la radiografía de clavícula, los estudios dentales que permiten determinar la maduración de los terceros molares inferiores⁹¹, o en ocasiones las exploraciones de genitales⁹².

La cuestión es que estas técnicas no son muy fiables, puesto que a menudo adolecen de una sobreestimación o subestimación de la edad biológica⁹³. De hecho, se ha constatado que existe un margen de error de aproximadamente dos años⁹⁴ e incluso existen casos en

⁸⁴ Ver entre otros, los artículos 4.2, 4.4., 5.5, 7.2, 9.3, 10.2 de la Ley del Menor.

⁸⁵ Ruiz Legazpi, A. (2004), *op. cit.*, p. 156.

⁸⁶ Defensor del Pueblo (2012), *op. cit.*, p. 171.

⁸⁷ Smith, T. y Brownlees, L. (2011). *Age assessment practices: a literature review and annotated bibliography*. UNICEF. Recuperado de <https://www.unescap.org/sites/default/files/UNICEF-Age-Assessment-Practices-2010.pdf>

⁸⁸ Peláez Fernández, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono, *Revista de Educación Social*, nº18, p 3.

⁸⁹ Para más información ver el estudio de Greulich, W.W. y Pyle, S.I, (1959), *Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist* (Stanford University Press) citado en Defensor del Pueblo (2012), *op. cit.*, pp. 40-41

⁹⁰ Para más información ver Tanner, J. M. y otros (1983). *Assessment of skeletal maturity and prediction of adult height (TW2)*. Academy Press: Londres, citado en Defensor del Pueblo (2012), *op. cit.*, pp. 40-41.

⁹¹ Fiscalía General del Estado (2017), *Memoria Elevada al Gobierno de S.M.*, p. 545. Recuperado de https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/index.html

⁹² Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (2010), *op. cit.*, p. 21

⁹³ Ruiz Legazpi, A. (2004), *op. cit.*, p. 157 y Comité de los Derechos del Niño (2018), *Observaciones finales sobre los informes periódicos quintos y sextos combinados de España*, CRC/C/ESP/CO/5-6, párrafo 23.

⁹⁴ Véase Durán Ruiz, F.J. (2007), *op. cit.*, pp. 15 y 16 y Ruiz Legazpi, A. (2004), *op. cit.*, p. 157, que habla de un riesgo de sobreestimación de 18 meses de edad. Los autores explican que el motivo es que las pruebas de Greulich Pyle y TW-2 se elaboraron partiendo de las radiografías de una muestra de población del este

los que un individuo ha sido valorado como menor en un Estado de la UE y como mayor en otros⁹⁵. Este margen de error científico produce una grave vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE. Por ello, el Tribunal Supremo ha establecido que “cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta del hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo”⁹⁶. Esto significa que, si se da una horquilla de edad, se deberá optar siempre por el límite inferior de la misma⁹⁷.

Además, como ya se ha establecido con anterioridad, son pruebas físicas, y a menudo radiológicas, lo cual vulnera el derecho del menor a la intimidad (artículo 18 CE) y a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Además, durante el tiempo que dura el proceso, el menor se encuentra sin libertad de movimiento, lo cual atenta también contra su libertad (artículo 17 CE), y no cuenta con asistencia letrada, lo cual vulnera su derecho a ser oído, como veremos a continuación.

En primer lugar, se vulnera el derecho a la intimidad “no tanto por el hecho en sí de la intervención, sino por la finalidad de querer averiguar información referente a la esfera de la vida privada y que el sujeto puede no querer desvelar”⁹⁸. De hecho, la Fiscalía ha declarado su capacidad para decidir realizar las pruebas, aún en ausencia de consentimiento del menor, lo cual supone una clara vulneración al derecho de intimidad del menor⁹⁹.

En segundo lugar, se vulnera el derecho que tiene todo individuo de que no se hagan intervenciones en su cuerpo sin su consentimiento, es decir, el derecho a la integridad¹⁰⁰. Las pruebas radiológicas claramente vulneran este derecho, y así lo ha establecido el TC,

de Europa, de raza blanca y condiciones socioeconómicas medias, y se comparan dichas muestras con las radiografías de los menores en cuestión para ver sus semejanzas. Sin embargo, el desarrollo óseo de este colectivo puede ser distinto debido a las realidades raciales y socioeconómicas que repercutan en su desarrollo, dando lugar a un margen de error de en torno a dos años.

⁹⁵ Defensor del Pueblo (2012), *op. cit.*, p. 39 y 80.

⁹⁶ STS 453/2014, 23 de septiembre de 2014 (RJA 4689) (FJ 1). Otras sentencias que siguen la misma línea son la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 9 de octubre de 2017, Recurso 353/2015 y STS 3186/2013 de 17 de junio de 2013, Recurso 4353/2012, - ECLI:ES:TS:2013:3186

⁹⁷ Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (FIS-I-2001-00002).

⁹⁸ STC 206/2007, de 24 de septiembre, (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007) FJ 4 y FJ 5.

⁹⁹ Peláez Fernández, P. (2018), *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁰ STC 206/2007, *op. cit.*, FJ 3

calificándolo como intervención corporal leve¹⁰¹. Los médicos forenses también han manifestado su inquietud sobre la excesiva exposición de los menores a radiaciones con fines únicamente periciales¹⁰². En consecuencia, es necesario que se produzcan o bien con el consentimiento informado del individuo, lo cual ni se menciona en la legislación de extranjería, o bien mediante autorización judicial que respete los requisitos del principio de proporcionalidad¹⁰³.

En tercer lugar, durante este procedimiento, el menor se encuentra en centros de los que no puede irse libremente, afectando ello a su libertad (artículo 17 CE). Normalmente, el menor es acompañado por la policía al centro sanitario y permanecerá ahí hasta que se envíen los resultados al Ministerio Fiscal y éste emita decreto¹⁰⁴. La retención policial inicial tendrá un límite máximo de 48 horas, de acuerdo con el artículo 17.2 CE y el artículo 17.3 LRPM, y la retención en los centros sanitarios también tendrá carácter limitado. Por ello, los menores a veces son trasladados a centros de menores tutelados, que normalmente son de régimen abierto, pero que, para el caso de estos menores, debido al riesgo de fuga, se aplica un régimen de internamiento¹⁰⁵. También se han registrado casos en los que los menores han permanecido en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), que están diseñados para adultos¹⁰⁶.

Debido a la pérdida de autodeterminación de la conducta del menor, estamos ante una situación de privación de libertad¹⁰⁷. Dicha situación no es inconstitucional *per se*, pero si analizándola casuísticamente se concluye que no se respetan los subprincipios de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), podría devenir inconstitucional¹⁰⁸.

¹⁰¹ STC 206/2007, *op. cit.*, F.J. 3: “En relación con las diligencias practicables (...) sobre el cuerpo del imputado o de terceros, hemos declarado que, en las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, (...) en las consistentes en su exposición a radiaciones (...), el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física, en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa”.

¹⁰² Peláez Fernández, P. (2018), *op. cit.*, p. 18, citando el Documento de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina.

¹⁰³ STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011, («BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011) (FJ 6) y STC 206/2007, de 24 de septiembre (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007) (FJ 5)

¹⁰⁴ Alonso Sanz (2014), *op. cit.*, p. 308.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 166.

¹⁰⁶ Fundación Raíces (2017), *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, pp. 21-23, recuperado de <https://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2018/01/Alternative-report-executive-summary.pdf>

¹⁰⁷ Ruiz Legazpi, A. (2004), *op. cit.*, p. 164.

¹⁰⁸ De todas formas, las Naciones Unidas parten del principio general de que los menores extranjeros no acompañados nunca deben ser detenidos, y si lo son de forma excepcional, se deben realizar todos los esfuerzos para su liberación inmediata y posterior ubicación en alojamientos más apropiados. Ver Comisión

En cuarto y último lugar, durante todo este procedimiento el menor no cuenta con asistencia jurídica gratuita, lo cual vulnera su derecho a ser oído, como se explicó *supra*. Como se establece en el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, todo menor que haya cumplido doce años debe ser oído y que no cabe el consentimiento por representación a partir de los 16¹⁰⁹.

Una vez practicadas las pruebas de determinación de la edad, el Ministerio Fiscal deberá dictar resolución motivada (decreto) en el que concluya si la persona en cuestión es un menor o no (artículo 35.4 LOEx). El decreto tiene efectos provisionales, lo cual es utilizado como justificación para la imposibilidad de recurrirlo. Así, la Fiscalía explica que el decreto es provisional y por tanto carece de efectos definitivos y no supone una vulneración constitucional el impedir recurrirlo¹¹⁰.

Por tanto, la resolución no puede ser recurrida ante los órganos jurisdiccionales, pudiendo solo recurrir los efectos derivados del decreto, como la resolución que determina el cese de la tutela por parte de la CCAA, el decreto de expulsión, etc.¹¹¹. Pese a su carácter provisional, la realidad es que rara vez se modifica el contenido del decreto de determinación de la edad y pasa a ser el documento más determinante en el tratamiento del individuo, ya que determina o bien su integración en el servicio de protección del menor o su expulsión del territorio. Esto atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, sobre todo en su vertiente de acceso a la jurisdicción¹¹².

de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1998), *Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al RU sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, E/CN.4/1999/63/Add.3, párrafo 37. Recuperado de: <http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/052/05/PDF/G9805205.pdf?O>

¹⁰⁹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica («BOE» núm. 274, de 15/11/2002).

¹¹⁰ Fiscalía General del Estado, Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, (FIS-Q-2009-00001)

¹¹¹ Gómez Fernández, I. (2017), *op. cit.*, p. 10. Se vulnera así el artículo 13 CEDH al no permitir el acceso a un recurso efectivo. También se vulnera la seguridad jurídica del artículo 9.3 por no existir una previsión legal expresa sobre las vías de recurso, puesto que esto abre la posibilidad de que los órganos judiciales a los que acuda el menor se declaren incompetentes.

¹¹² En Suiza, la comisión de Recurso en materia de asilo ha concluido que las pruebas óseas no son una prueba fiable de la edad del interesado (Decisión de 12 de septiembre de 2000) y en Francia el Consejo de Estado estimó que los métodos de determinación de la edad ósea no pueden ser considerado como fiables y sin riesgo de error. Para más información ver Ferre, N. (2002). La détermination de la minorité, *Plein Droit*, N°52.

A modo de conclusión, la dificultad se traduce en que las pruebas de determinación de la edad no cumplen los requisitos del principio de proporcionalidad, consistente en los siguientes subprincipios: necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.

Con respecto a la necesidad, hace falta determinar si existe alguna otra forma de determinar la edad del menor que sea menos lesiva para sus derechos. Existe debate sobre la necesidad de las pruebas radiológicas, pero en todo caso, no se cumple del todo este requisito por el hecho de que se practican las pruebas en casos donde no es necesario por existir documentos públicos cuya validez no ha sido cuestionada¹¹³.

Con respecto a la adecuación, implica preguntarse si el procedimiento es un “método adecuado para estimar la edad”. Evidentemente no cumple con este requisito de manera completa porque como se ha establecido previamente, no se puede estimar la edad con certeza absoluta y existe un amplísimo margen de error que disminuye la adecuación del proceso¹¹⁴.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, implica ponderar los beneficios que se obtendrán de la prueba en cuestión y los perjuicios que se derivarán de la lesión iusfundamental¹¹⁵. Las pruebas radiográficas no cumplen con este principio porque infligen en el menor una dosis de radiación sin que ello tenga ningún beneficio directo ni terapéutico para el mismo, es decir, se produce únicamente para satisfacer el interés de la Administración de saber la edad del menor¹¹⁶. Esta es la postura oficial de Reino Unido, así como la apoyada por el Comité Olímpico Internacional, la FIFA, la Organización Mundial de la Salud y las autoridades internacionales de energía atómica¹¹⁷.¹¹⁸

V. EL PROCEDIMIENTO DE REPATRIACIÓN

Como ya se ha establecido con anterioridad, el objetivo a tener en cuenta durante la totalidad del procedimiento de repatriación es la satisfacción del interés superior del menor. Para ello, el artículo 35 de la LOEx prevé dos posibles soluciones: la repatriación

¹¹³ FGE, Consulta 1/2009.

¹¹⁴ Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado, p. 725.

¹¹⁵ Bernal Pulido C. (2014), *op. cit.*, p. 763.

¹¹⁶ Aynsley Green, A. (2009). Unethical age assessment, *British Dental Journal*, vol. 206, nº7, p. 337.

¹¹⁷ Defensor del Pueblo (2012), *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁸ Alonso Sanz, L. (2014), *op. cit.*, p. 306

del menor y, solo cuando esta no sea posible o no respete el interés superior del menor, la residencia del menor en España.

1. Breve descripción del procedimiento

Una vez que se ha establecido la minoría de edad, y como paso previo al inicio del procedimiento de repatriación, se ha de declarar al menor en situación de desamparo (artículos 172 CC y 18 LOPJM). Como recordatorio, el desamparo es la “falta de asistencia material o moral del menor, que en principio se corresponde con la situación de cualquier menor extranjero no acompañado”¹¹⁹.

Atendiendo al interés superior del menor, lo más lógico es que la declaración se produzca en cuanto se confirma su minoría. Sin embargo, en muchas ocasiones se retrasa la declaración de desamparo (en ocasiones entre 3 y 6 meses) o no tiene lugar, lo cual significa que durante todo este tiempo la CCAA no tiene responsabilidad legal sobre los menores ni sobre la protección y garantía de sus derechos¹²⁰.

Esta postura plantea serios problemas de constitucionalidad, puesto que no es conforme al interés superior del menor, que recordamos obliga a interpretar la norma de la forma que “mejor proteja los derechos del menor”. No reconocer la situación de desamparo favorece la continuación de situaciones de explotación laboral o incluso la expulsión inmediata del menor, lo cual no es acorde a su interés superior, y que además implica un trato discriminatorio de cara a los menores españoles, a los cuales no se les exige este carácter reforzado para ser declarado en situación de vulnerabilidad¹²¹.

El procedimiento de repatriación como tal comienza una vez declarado el desamparo y es un procedimiento administrativo que se encuentra regulado en el artículo 35.5 LOEx y los artículos 191 a 195 RLOEx. Básicamente implica determinar si se va a llevar a cabo la repatriación del menor, y en caso afirmativo, si esta se realizará mediante la devolución la familia o la puesta en disposición de los servicios de menores del país de origen¹²².

De lo establecido en dichos artículos se extraen una serie de pasos en los que se desglosa el procedimiento y que analizaremos a continuación de manera muy breve por motivos

¹¹⁹ Durán Ruiz, F.J. (2011), *op. cit.*, pp. 155-158.

¹²⁰ Lázaro González, I. E. (2008). La aventura de los adolescentes africanos en España: la respuesta del derecho español, *E-migrinter*, nº 2, pp.64.

¹²¹ Ruiz Legazpi, A. (2004). *op. cit.*, p. 150.

¹²² Ruiz Legazpi, A. (2004), *op. cit.*, p. 154.

de extensión de esta investigación y porque todo lo establecido se puede consultar en detalle en los artículos 192, 193 y 194 del RLOEx.

- Obtención de información: Antes de iniciar el procedimiento en sí, hay que obtener toda la información previa sobre las circunstancias familiares del menor, que se ha de solicitar a la representación diplomática del país de origen del menor y a la entidad que tenga atribuida la tutela del menor (artículo 35.1 LOEX y 191.2 RLOEx).
- Incoación del procedimiento de repatriación: la realiza el Delegado o Subdelegado de Gobierno con notificación al Ministerio Fiscal y a la entidad que posee la tutela legal del menor, así como al propio menor.
- Alegaciones y Periodo de Prueba: durante diez días el que el menor y la entidad que ostente su tutela podrán formular las alegaciones de hecho o de derecho y proponer las pruebas que consideren oportunos. Se requiere un informe obligatorio de los servicios de protección del menor y otro del Ministerio Fiscal.
- Trámite de audiencia y resolución del procedimiento: en el que se garantizará la presencia del menor que tenga juicio suficiente para que manifieste lo que considere oportuno. También serán convocados el Ministerio Fiscal, el tutor y, en su caso, el defensor judicial o el representante designado por el menor.
- Una vez completada la audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España¹²³. La resolución pondrá fin a la vía administrativa, quedará grabada en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados y será notificada, en el plazo de diez días, al menor o, en su caso, a su representante, así como al tutor del menor y al Ministerio Fiscal.

2. Algunas consideraciones iusfundamentales sobre la repatriación

Como establece el Comité de los Derechos del Niño en la OG N°6, el objetivo final del tratamiento del menor extranjero no acompañado es lograr una solución duradera que resuelva sus necesidades de protección y garantice el interés superior del menor¹²⁴. En el

¹²³ Cabe recordar aquí la necesidad de optar por aquella decisión que satisfaga el interés superior del menor de manera duradera, de acuerdo con lo establecido en el CDN, y teniendo en cuenta la opinión del niño. Ver Claro Quintans I. y Lázaro González I. (2016), *op. cit.*, p. 779.

¹²⁴ Observación General n° 6 (2005) sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párr. 79

marco normativo español, dicha solución se identifica principalmente con la reagrupación familiar¹²⁵, y cuando ésta no sea posible, o no sea aconsejable para garantizar el interés superior del menor, se permitirá la permanencia en España.

Esta preferencia por la repatriación es, para autores como Ana Ruiz Legazpi, un sutil paralelismo con la expulsión de los extranjeros adultos, es decir, se critica que la intención del legislador oculte una intención de fomentar la salida del país del menor. La lógica es la siguiente: si el interés superior del menor se identifica con la reagrupación familiar, ¿por qué se permite la repatriación incluso cuándo la familia no se ha identificado, produciéndose a través de los servicios de protección de menor del país de origen? Esta posibilidad, según Ruiz Legazpi, “aleja la finalidad del procedimiento de la reagrupación y lo acerca a una finalidad de expulsión del territorio”¹²⁶.

Por tanto, la interpretación constitucional nos lleva a concluir que la decisión sobre la permanencia del menor en España o su repatriación debe ser tomada de forma casuística analizando lo que supone el interés superior del menor en cada caso¹²⁷. En esta decisión, es de gran importancia la información recopilada, tanto la proporcionada por la representación diplomática del país de origen sobre la familia o la situación de la que el menor ha huido o la proporcionada por la entidad que ostenta su tutela sobre la situación de dicho menor en España. Resulta también útil lo establecido en la OG nº6, que establece que la repatriación no puede llevarse a cabo si existe un riesgo para los derechos fundamentales del menor, destacando en concreto la importancia de ponderar los siguientes derechos: el derecho a la vida y a la protección de la violencia, el derecho a la unidad familiar, el derecho a una vivienda adecuada y acceso a sistema de salud y derecho a mantener la identidad cultural¹²⁸.

Basándose en lo establecido en dicha OG, Durán Ayago concluye que para que el menor sea repatriado se deben analizar: la seguridad del país de origen, la habilidad de la familia de proporcionar los cuidados adecuados y las condiciones de acceso a derechos fundamentales, formación profesional y oportunidades laborales en el país de origen.

¹²⁵ Así se desprende del artículo 35 LOEx, así como de la Circular 2/2006 y la Instrucción 6/2004 FGE, citadas previamente. Ver también Sánchez-Covisa Villa, J. (2010), “El papel del Ministerio Fiscal en la situación de los menores extranjeros no acompañados”, en Lázaro González, I.E. y Moroy Arambarri, b. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos: Madrid

¹²⁶ Ruiz Legazpi, A. (2013). La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 21, pp. 218.

¹²⁷ Rozzi, E. (2002), *op. cit.*, p. 2, de acuerdo con lo establecido en la CDN y la Resolución del Consejo Europeo, *op. cit.*, artículo 5.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 6.

Además, el menor deberá ser oído en informado, además de asesorado y apoyado durante todo el proceso¹²⁹.

Si, analizando los factores anteriores se concluye que el menor está “en riesgo”, es decir, que si fuera repatriado podría estar expuesto a persecución, conflictos, abandono o malos tratos que vulneren sus derechos fundamentales, entonces lo más probable es que el interés superior del menor se identifique con la permanencia en el Estado de acogida¹³⁰. Además, la repatriación podría ser considerada en estos casos como una vulneración de las convenciones internacionales sobre refugiados o sobre tratos degradantes¹³¹.

Sin embargo, la situación se complica por el hecho de que a menudo es difícil localizar a la familia o autoridad competente del menor para que proporcione la información relevante, lo cual ha implicado en ocasiones la realización de devoluciones sin tener acceso a información importante y por tanto poniendo el interés del menor en riesgo¹³².

Por tanto, es esencial tener en cuenta lo establecido por el Comité de Contacto de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva de Retorno: “El retorno es sólo una de una serie de opciones a considerar al evaluar la solución duradera adecuada, pues otras medidas como la integración en el país de destino o el traslado a otro país (por ejemplo, con fines de reunificación familiar) también han de considerarse”¹³³. Así, habrá que estar abierto a la posibilidad de sea preferible la permanencia del menor porque su interés superior se verá más beneficiado aquí¹³⁴.

3. La autorización de residencia

Una vez que se ha acreditado la imposibilidad de retorno con la familia o al país de origen, el organismo que ejerce la tutela deberá instar la autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores (artículo 35.7 LOEx). Debido a la limitación de extensión de este trabajo, no se analizará en profundidad el procedimiento de tramitación

¹²⁹ Durán Ayago, A. (2010). “La deficitaria política convencional de España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados: nociones para el desencanto” en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos: Madrid, p. 228.

¹³⁰ Rozzi, E. (2002), *op. cit.*, p. 6

¹³¹ Podría suponer una vulneración de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, inhumanos o degradantes.

¹³² Save the Children España. (2004), *op. cit.*, p. 28.

¹³³ Pinazo Lozano, I. (2015). *La determinación del interés superior del menor no acompañado en el proceso de retorno desde la Unión Europea*, Centro de Estudios Internacionales de Barcelona.

¹³⁴ Pérez, M.^a J. (1999). Menores No Acompañados, *Servicios sociales y política social*, nº. 48, pp. 55-62.

del permiso de residencia y sus renovaciones una vez alcanzadas la mayoría de edad. Sin embargo, aquí también surgen problemas de retrasos en los trámites, exceso del plazo y extinciones automáticas de permisos una vez alcanzada la mayoría de edad¹³⁵. A menudo no se les tramita la autorización de residencia, por lo que cuando cumplen los 18 años salen del sistema de protección en situación administrativa irregular, pudiendo ser expulsados a sus países de origen¹³⁶.

VI. RECOMENDACIONES

A continuación, se van a recoger una serie de propuestas de mejora, tanto de organismos o entidades nacionales¹³⁷ como internacionales¹³⁸, relativas al procedimiento de repatriación y de determinación de la edad del menor y en general propuestas de mejora en el tratamiento de los derechos fundamentales de este colectivo. El objetivo de todas ellas es velar por una mejor protección de los derechos y libertades fundamentales de los menores extranjeros no acompañados y lograr una mejor protección del colectivo.

La forma de llevar a cabo las siguientes recomendaciones es mediante una reforma legal de la LOEx y el RLOEx que sea mucho más garantista y detallada en cuanto a los procedimientos de determinación de la edad del menor y de repatriación. Así, esta reforma sustituirá al Protocolo de Menores Extranjeros no Acompañados, que resulta de una protección insuficiente y además no tiene rango legal. De hecho, algunas organizaciones piden la derogación inmediata del Protocolo Marco sobre Menores Extranjeros No Acompañado¹³⁹.

1. Sobre el interés superior del menor

Con respecto al interés superior del menor, autores como Senovilla y Rivero Hernández han aportado claridad a esta problemática. Ellos concluyen que la función esencial del interés superior es garantizar y enfatizar la protección del resto de derechos del niño¹⁴⁰.

¹³⁵Para ver más sobre los fallos en la autorización de residencia, ver Defensor del Pueblo (2016), Informe anual a las Cortes Generales de 2016, pp. 46 y 49.

¹³⁶ Fundación Raíces y Noves Vies (2019), *op. cit.*, p. 6.

¹³⁷ Con respecto a recomendaciones de organismos nacionales, nos referiremos a los siguientes informes: Consejo General del Poder Judicial (2009). *Informe 2009: Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España*, Defensor del Pueblo (2012), *op. cit.*, Fundación Raíces y Noves Vies (2019), *op. cit.*

¹³⁸ Con respecto a recomendaciones de organismos internacionales, nos referiremos a los siguientes informes: UNICEF (2009), *Ni ilegales ni invisibles: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*, Save the Children (2016), *op. cit.*

¹³⁹ Fundación raíces y Noves Vies (2019), *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁰ Senovilla Hernández, D. (2008). “*Los menores extranjeros no acompañados en Europa*”, Fundación Diagrama, Murcia p. 29 y Rivero Hernández, F. (2000), *El interés del menor*, Dykinson: Madrid, p. 90-91.

Así, este principio despliega su principal función en el terreno de la interpretación y aplicación de normas, obligando a las autoridades a tomar aquella interpretación que mejor proteja los derechos del menor¹⁴¹.

Por tanto, explican, la concretización del contenido de interés superior se hará en cada caso concreto, dotando así al sistema de protección de una mayor flexibilidad para poder adaptarse a las circunstancias reales. Y, ¿cómo se realiza esta concretización?

John Eekelaar propone dos métodos distintos, pero compatibles, para la concreta determinación del interés del menor. Por una parte, la “objetivización”, que consiste en determinar cuál es el interés del menor según las creencias imperantes de la autoridad o del intérprete, que estarán fundadas en su experiencia profesional y conocimientos. Por otra parte, está el “la auto determinación dinámica” que implica la participación del niño en la toma de decisiones sobre su interés superior. Lo llama “dinámico” porque a medida que madure el niño, habrá que ir preguntando de nuevo al menor puesto que su opinión irá variando a medida que crece¹⁴².

Isabel Lázaro añade la importancia de criterios metajurídicos y de razonamientos basados en la experiencia a la hora de determinar el interés superior del menor. Para ello, anima a la colaboración multidisciplinar, es decir, a la consideración de elementos metajurídicos aportados por psicólogos, pedagogos y educadores¹⁴³.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo que se propone es la instauración de un procedimiento único a nivel europeo de determinación del interés superior del menor, a través de cual se establezcan las directrices a seguir por los Estados Miembros para determinar el interés superior del menor, las garantías procedimentales que se deben de dar y los estándares a adoptar¹⁴⁴.

Mediante el establecimiento de unas pautas objetivas de interpretación del interés superior del menor, se lograría reducir las interpretaciones arbitrarias del mismo y superar

¹⁴¹ Alonso Sanz (2014), *op. cit.*, p. 156.

¹⁴² Eekelaar, J. (1994). Interests of the Child and the Child ‘s wishes: the role of Dynamic Self Determination, *International Journal of Law and the Family*, vol.8, pp. 42-61.

¹⁴³ Lázaro González, I.E. y Moroy Arambirri, B. (2010), *op. cit.*, p. 108 y ss.

¹⁴⁴ Pinazo Lozano, I. (2015), *op. cit.*, p. 20.

los prejuicios ideológicos que pudieran tener los órganos administrativos que deciden sobre la repatriación¹⁴⁵.

En este sentido, podrían ser útiles las directrices que ACNUR ha desarrollado para la determinación del interés superior del menor solicitante de asilo, que fueron desarrollados basándose en la CDN y la OG n° 6. Por motivos de extensión, no entraremos a analizar todas ellas, y simplemente mencionaremos algunos ejemplos de los factores a tener en cuenta en este “procedimiento común de determinación del interés superior del menor”¹⁴⁶: las opiniones del niño, la exposición a daños, los daños sufridos, la calidad de las relaciones familiares y la continuidad de antecedentes étnicos, religiosos, culturales y lingüísticos¹⁴⁷.

2. Sobre los derechos fundamentales

Como se ha establecido a lo largo de la investigación, es necesario que se refuercen los derechos fundamentales del menor para garantizar que se respetan los estándares establecidos en los acuerdos internacionales.

En primer lugar, es necesario que se respete el derecho del menor a ser oído, desde el primer momento hasta el final del procedimiento, incluyendo los recursos que se interpongan en su caso. Para ello se deben modificar los arts. 35 de la LOEx y 190.1 del RLOEx estableciendo un procedimiento para que el menor pueda ejercer su derecho a ser oído. Como explica Madrigal Martínez-Pereda:

“Se trata de integrar la consideración de los deseos, opiniones, aspiraciones... del menor en el haz de factores previos y necesarios para la determinación de su interés en el caso concreto (...) El interés del menor no puede hallarse prescindiendo del menor porque en el caso concreto, es en él mismo donde reside su interés”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Rozzi, E. (2002). *op. cit.*, p. 4. y Separated Children in Europe Programme (2009), *Statement of Good Practice: 4th Revised Edition*. Recuperado de <https://www.unhcr.org/uk/sites/uk/files/legacy-pdf/50aa01869.pdf>

¹⁴⁶ UNHCR (2008), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del Niño*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7126.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7126>

¹⁴⁷ Para más información sobre las recomendaciones internacionales para la determinación del interés superior del menor ver Separate Children in Europe Programme (2009), p 41

¹⁴⁸ Madrigal Martínez-Pereda, C. (2013). “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento”, en Claro Quintans, I. y Lázaro González, I.E (aut.). *Infancia y protección*

Este derecho debe de garantizarse tanto en el trámite de determinación de la edad como en el de repatriación, y no sólo mediante la audiencia, sino mediante la creación de una situación de seguridad y de respeto que permita que el menor manifieste su opinión cuando quiera¹⁴⁹. También es necesario que el menor sea informado de todas las cuestiones que afecten a sus derechos para poder tener una opinión representativa. (artículo 42 CDN)¹⁵⁰.

Lo anterior enlaza con el siguiente derecho, a la asistencia letrada, puesto que para que el niño sea escuchado con eficacia requiere del apoyo de un tutor o abogado independiente¹⁵¹. Además, es la forma de garantizar que el interés superior del menor no se vea perjudicado por los posibles conflictos de intereses con la entidad pública que ostenta su tutela¹⁵². Para ello, es necesario que, en el momento en el que las autoridades se encuentren con un menor no acompañado, no solo informen al Ministerio Fiscal, sino al Colegio de Abogados para que este asigne una asistencia letrada a través del turno de oficio¹⁵³. Este letrado deberá estar presente durante todos los procedimientos (determinación de la edad, declaración de desamparo, repatriación, solicitud de permiso de residencia, etc.).

Gracias a la presencia de asistencia letrada, no solo se garantiza la tutela judicial efectiva y el derecho a ser oído, sino que el menor podrá ser informado, lo cual también es un derecho. Así, el letrado le podrá informar sobre su derecho a solicitar el permiso de residencia, los permisos de trabajo, la posibilidad de solicitar la nacionalidad española cuando lleven dos años tutelados o la posibilidad de solicitar protección internacional.

internacional en Europa: niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria, Tecnos: Madrid.

¹⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General nº12: El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12), párrafo 23.

¹⁵⁰ Defensor del Pueblo (2005). *op. cit.*, p. 320.

¹⁵¹ Consejo General del Poder Judicial (2009), *op. cit.*, p. 95 y Defensor del Pueblo (2009), *Informe sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta u en situación de dificultad social* y Grupo Parlamentario Socialista (2017), *op. cit.* p. 5

¹⁵² Así se ha establecido en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006. Otras sentencias incluyen la STSJ de Madrid Sección 9ª de fecha 25 de marzo de 2008 nº 388/08 y STSJ de Madrid Sección 9ª de fecha 4 de marzo de 2008 nº 246/08). Según el análisis del Consejo General Poder Judicial (2019), *op. cit.*, p. 149.

¹⁵³ Consejo General del Poder Judicial (2009), *op. cit.*, p. 98

3. Sobre el procedimiento de determinación de la edad

A la hora de realizar las pruebas de determinación de la edad, lo que la mayoría de los organismos no gubernamentales solicita es que se cumplan garantías solicitadas por el CDN: asistencia letrada, autorización judicial, enfoque multidisciplinar, validez de la documentación aportada por encima de las pruebas médicas salvo prueba en contrario y posibilidad de recurrir el decreto de determinación de la edad¹⁵⁴.

La primera recomendación es que medie consentimiento informado y libre del menor, por tratarse de pruebas que afectan a la esfera de sus intereses personalísimos y derechos fundamentales¹⁵⁵. Para ello, es necesario que cuente con un asesor legal, como se ha explicado *supra*. Solo así se garantizará que el menor presta consentimiento de forma libre e informada para que se le practiquen dichas pruebas¹⁵⁶.

En segundo lugar, deberían de ser pruebas que se realicen con autorización judicial¹⁵⁷. Como explica Ruiz Legazpi “la autorización judicial de estas pruebas constituye una garantía esencial de respeto de los derechos fundamentales pues, en nuestro modelo constitucional, se atribuye a los jueces la condición de garantes ordinarios de los derechos de las personas”¹⁵⁸. Así lo ha recomendado, entre otros, el Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados¹⁵⁹.

La autorización judicial ayudaría a superar los problemas que presentan las pruebas de edad con respecto al principio de proporcionalidad. Como se explicó *supra*, una autorización judicial ayudaría a justificar la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las pruebas en cuestión, y justificar la vulneración que se produce a la intimidad e integridad del menor.

¹⁵⁴ Fundación Raíces (2019), *op. cit.*, p. 5

¹⁵⁵ Consejo General del Poder Judicial (2009). Informe 2009: Ni ilegales ni invisibles, p. 95.

¹⁵⁶ Defensor del pueblo, menores o adultos, p.131

¹⁵⁷ Grupo Parlamentario Socialista (2017) *Proposición No de Ley para impulsar medidas de apoyo y protección a los menores extranjeros no acompañados*, recuperado de <https://www.psoealmeria.com/wp-content/uploads/2017/01/170117-PNL-Impulsar-medidas-de-apoyo-y-protecci%c3%b3n-a-los-menores-extranjeros-no-acompa%c3%blados.pdf>

¹⁵⁸ Ruiz Legazpi, A. (2004), *op. cit.*, p. 159.

¹⁵⁹ Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados, Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España, *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 37, nº1, pp. 5-6.

En tercer lugar, se aboga por un enfoque multidisciplinar¹⁶⁰. Hoy en día, lo habitual es que se practiquen solo las pruebas radiográficas¹⁶¹. En cambio, lo que se propone es un enfoque multidisciplinar que use una combinación de las distintas pruebas disponibles: médicas, psicológicas y documentales¹⁶². Así el Comité de Derechos del Niño recomienda que se establezca un protocolo uniforme y multidisciplinar, de los métodos de determinación de la edad, que establezca pasos claros y respetuosos con los derechos fundamentales¹⁶³. Además, sería recomendable que el Estado invirtiera en investigar sobre un posible método de determinación de la edad que tenga menor margen de error y que mezcle factores físicos, culturales, psicológicos y de desarrollo¹⁶⁴.

En cuarto lugar, la Fiscalía no debería tener la capacidad de determinar si un documento público acreditativo de la edad del menor presenta o no indicios de falsedad, como contempla la Circular 2/2006. Este juicio puede resultar impreciso y arbitrario, y deja en manos de la Fiscalía la posibilidad de solicitar pruebas que, como hemos visto, tienen efectos directos en los derechos fundamentales de los menores. En cambio, la determinación de validez del documento acreditativo de la edad debería establecerse por un juez, que es el garante de los derechos fundamentales¹⁶⁵.

Por último, se debe permitir el recurso sobre el decreto que pone fin al procedimiento de determinación de la edad. Para empezar, ni en la LOEx ni en RLOEx existe una disposición que expresamente establezca la irrecurribilidad judicial del decreto de determinación de la edad, y tampoco se puede deducir de lo establecido en las consultas de la Fiscalía, que en todo caso no tienen rango de ley. Así lo estableció el TC en su Auto 151/2013: “ni del artículo 35 LOEx, ni de ningún otro contenido en este cuerpo legal puede deducirse la existencia de recurso directo contra el decreto de determinación de la

¹⁶⁰ Entre otros Consejo General del Poder Judicial (2009). *Informe 2009: Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España*, p. 95. Obtenido de <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Informe-ni-ilegales-ni-invisibles.pdf>

¹⁶¹ Ver Defensor del Pueblo (2016), *op. cit.*, p. 253.

¹⁶² De la Mata Gutiérrez, J.I., de la Rasilla, M. (2018). “Cautelas en torno a las pruebas de la determinación de la edad de los menores solicitantes” en Gruben, S. y De Gasperis, M.T. (coords.), *Aproximación a la Protección Internacional de los Menores no Acompañados en España*, La Merced Migraciones: Madrid, p. 138.

¹⁶³ Comité de los Derechos del Niño (2018). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, CRC/C/ESP/CO/5-6.

¹⁶⁴ Durán Ayago, A. (2009) “Menor, extranjero y no acompañado: Respuestas (insuficientes) del ordenamiento jurídico español para afrontar su regulación” en Jiménez Hernández, A.S (Coord.), *Menores migrantes sin referentes familiares: una perspectiva integral del fenómeno*, Grupo Editorial Universitario, p. 47.

¹⁶⁵ Así se establece en la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Santander, de 6 de mayo 2004 y Sentencia Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJM núm. 424/2006.

edad, si bien ello no significa en modo alguno que no pueda impugnarse dicha resolución en vía jurisdiccional”¹⁶⁶.

En este sentido, aunque se considerara un acto de trámite, podría permitirse este recurso por vía del artículo 25.1 de la Ley JCA que permite la recurribilidad de los actos de trámite que decidan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, que ponen fin al procedimiento (ya que lo que ocurre es que finaliza el procedimiento de repatriación y se abre un procedimiento de expulsión) o producen un perjuicio irreparable¹⁶⁷.

4. Sobre el procedimiento de repatriación del menor

El menor ha de ser declarado en desamparo en el momento en el que es identificado por la autoridad, puesto que el mero hecho de estar en territorio extranjero sin un adulto que le preste asistencia moral y material cumple con el supuesto de hecho necesario para declarar la situación de desamparo del 172 CC. Además, esto permite que los servicios de protección asuman automáticamente la protección del menor, a diferencia de lo que ocurre a día de hoy, en el que el menor se ve en un limbo jurídico hasta que se confirma su minoría de edad¹⁶⁸.

Luego, a la hora de llevar a cabo el procedimiento de repatriación, en línea con las recomendaciones de Human Rights Watch, habrá que “realizar un análisis pormenorizado e individualizado para determinar si una repatriación supondría o no que el menor estuviera expuesto al riesgo de ver violados sus derechos fundamentales o de que pudieran darse persecuciones o abusos dirigidos contra el menor o su familia”¹⁶⁹. Es decir, atendiendo al principio de proporcionalidad y al interés superior del menor, se deberá hacer un estudio caso a caso para determinar si es más conveniente la repatriación o la permanencia en España. Además, la audiencia ha de tener más garantías: asistencia

¹⁶⁶ Auto núm. 151/2013, de 8 de julio, del TC (Rec. 1051/2013, RJ 2013\151) (BOE núm. 183, de 01 de agosto de 2013).

¹⁶⁷ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa («BOE» núm. 167, de 14 de julio de 1998).

¹⁶⁸ Consejo General del Poder Judicial (2009), *op. cit.*, p. 141: “Debe ponerse fin a las situaciones intermedias entre tutela y situación de desamparo, estableciéndose, en todo caso, la tutela provisional como medida cautelar. Se debe procurar que la comunidad autónoma que asuma la guarda también asuma la tutela”

¹⁶⁹ Human Rights Watch (2008). “Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, Human Rights Watch, (Disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2008/10/17/retornos-cualquier-precio/espana-insiste-en-la-repatriacion-demenores-extranjeros>)

letrada, proporcionar acceso al expediente, proporcionar acceso a los informes médicos y radiografías, etc.¹⁷⁰

Con respecto al decreto de resolución del procedimiento de repatriación, se ha de notificar adecuadamente al menor. De hecho, en la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo número 1 de Santander de 27 de diciembre de 2006 se consideró que se estaba vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva concretados debido a “la falta de notificación al menor como parte interesada de la resolución de repatriación, falta de audiencia al menor e intervención letrada reconocidas en el artículo 24 CE”¹⁷¹.

Por último, se deberá tramitar de oficio las autorizaciones de residencia a todos los menores desde su puesta a disposición de los Servicios de Protección, asegurando que todos cuentan con permiso de residencia con vigencia de 1 año desde el cumplimiento de su mayoría de edad¹⁷².

VII. CONCLUSIONES

Primera. El estudio del estatuto constitucional del menor extranjero implica el reconocimiento de la titularidad que tienen estos individuos de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución. Y ello se debe no solo a su condición de menores y el consiguiente deber de garantizar sus derechos en virtud de lo establecido en Tratados Internacionales y la Ley del Menor (53.1 CE), sino también por su condición de extranjeros, que los hace titulares de los derechos del Título I con excepción de los consagrados en el artículo 23.

Segunda. Los menores extranjeros no acompañados, en su doble condición de menor e inmigrante, padecen de una vulnerabilidad inherente que les sitúa en clara desventaja con respecto al resto de menores y al resto de inmigrantes. Pese a esta especial vulnerabilidad, a lo largo de este trabajo hemos podido ver que en España no se cumplen con todos los estándares internacionales sobre los derechos fundamentales de los menores. Esto se debe a que la condición de extranjero a menudo prima sobre la de menor de edad, lo cual vulnera el interés superior del menor, que se traduce en la desprotección de los derechos de este. El menor requiere que se priorice su interés superior, mientras que la Administración prioriza las políticas migratorias. Este conflicto

¹⁷⁰ Fundación Raíces y Noves Vies (2019). *op. cit.*, p. 7

¹⁷¹ Consejo General del Poder Judicial (2009), *op. cit.*, p. 150.

¹⁷² Fundación Raíces y Noves Vies (2019), *op. cit.*, p. 8.

se manifiesta en incongruencias y arbitrariedades a la hora de determinar la edad, de declarar el desamparo, de fijar el interés superior del menor o de iniciar el procedimiento de obtención de permiso de residencia.

Tercera. El colectivo de menores extranjeros no acompañados se encuentra con numerosos obstáculos para disfrutar de derechos esenciales como el derecho a ser oído, a la tutela judicial efectiva, a la asistencia letrada o a la educación. Es imprescindible tener en cuenta que la protección de dichos derechos, algunos de ellos procesales, no es un mero problema instrumental, sino una cuestión estrechamente relacionada con los derechos fundamentales de los que son beneficiarios por ser niños. Por tanto, es necesario que se implemente a nivel legal el requisito de asistencia letrada en todo el procedimiento. Además, es necesario que se garantice una interpretación casuística que sea conforme al interés superior del menor. Este principio permite la flexibilidad necesaria para otorgar una protección especial y ajustada a cada menor atendiendo a sus circunstancias, y, como se ha visto, se traduce en un criterio interpretativo (el de proporcionalidad) que nos lleva a optar por aquella opción que mejor garantice y proteja los derechos del menor.

Cuarta. El procedimiento de determinación afecta negativamente a varios derechos fundamentales, como la integridad física y moral, la intimidad, la libertad, el derecho a ser oído y la tutela judicial efectiva. Por tanto, el primer paso es que la regulación se produzca a nivel de Ley, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, que está regulado en un Protocolo Marco. Es decir, es necesario una reformulación legal del proceso de determinación de la edad que sea más garantista con los derechos fundamentales del menor, incluyéndose recomendaciones como: asistencia letrada, autorización judicial, enfoque multidisciplinar, validez de la documentación aportada por encima de las pruebas médicas salvo prueba en contrario y posibilidad de recurrir el decreto de determinación de la edad.

Lo que se propone es reformular la LOEx mediante la inclusión de un artículo en el que se regule de forma detallada el procedimiento de determinación de la edad. Para empezar, deberá contemplarse una presunción de veracidad de los documentos oficiales expedidos por las autoridades estatales del Estado de origen. En caso de que haya pruebas constatables de su falsedad o no haya constancia de ningún documento acreditativo de edad, se llevará a cabo un procedimiento multidisciplinar para determinar la edad. Dicho procedimiento deberá combinar pruebas psicológicas, entrevistas, una investigación

documental, y, sólo cuando medie consentimiento del menor y haya autorización judicial, pruebas médicas. Por último, el decreto que ponga fin al procedimiento de determinación de la edad podrá ser objeto de recurso, y deberá de informarse al presunto menor de esta posibilidad y de los pasos para interponer recurso.

Quinta. El procedimiento de repatriación afecta demasiado a los derechos fundamentales como para estar desjudicializado. Por ello, la aproximación constitucional al estatuto de este colectivo nos lleva a concluir que es necesario una reforma de la LOEx y el RLOEx que contemple un nuevo procedimiento de repatriación que sea llevado a cabo por la jurisdicción española con todas las garantías que se han ido estableciendo a lo largo de este trabajo y que ayudan a respetar los derechos del menor.

De esta forma se modificará el artículo 35 LOEx y el 190 de la RLOEx. El nuevo procedimiento deberá comenzar con la obligación de la declaración de desamparo del menor en el momento en el que es identificado por las autoridades. Con respecto al procedimiento de repatriación *per se*, la decisión deberá hacerse mediante un análisis detallado, casuístico e individualizado de las circunstancias del menor atendiendo siempre al principio de proporcionalidad. El menor deberá tener un defensor judicial asignado en todo caso y deberá de ser escuchado mediante un trámite de audiencia informado y adaptado a su madurez. Se deberá de implementar un procedimiento con criterios objetivos y comunes para la determinación del interés superior del menor y, en todo caso, deberá garantizarse que los derechos fundamentales del menor no se verán vulnerados por la posible repatriación.

Sexta. En cualquier caso, quedan muchos ámbitos que investigar e interrogantes por explorar. En concreto, quisiera hacer referencia a la reforma que actualmente se está llevando a cabo en la UE del procedimiento de migración y asilo en Europa, que cambiará por completo la forma que se trata a estos colectivos. Así, existe la posibilidad de que estas reformas conduzcan a la creación de un sistema unitario de tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en toda la UE. ¿Cómo influenciarán estas nuevas normativas al marco normativo actual en España? ¿Será más garantista para los menores? Estas son algunas de las preguntas que sugieren la necesidad de futuras investigaciones en este ámbito, con el fin de comprender mejor los desafíos de la migración en el horizonte europeo y español.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. Obras doctrinales

- Adroher Biosca, S. (2002). “Menores en situación de conflicto: Los Menores Extranjeros No Acompañados”, en Lázaro González, I. (coord.), *Los Menores en el Derecho Español*, Madrid: Tecnos, pp. 456-475.
- Aláez Corral, B. (2013). El Ejercicio Autónomo de los Derechos Fundamentales por el Menor de Edad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, vol. 21(1), pp. 37-78.
- Alonso Sanz, L. (2014). *El Estatuto Constitucional del Menor Inmigrante* (Tesis). Universidad Complutense de Madrid.
- Álvarez Vélez, M.^a I. (2016). Sistema normativo español sobre protección de menores, *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, (coordinado por Clara Martínez García), Thomson Reuters, Pamplona, 2016.
- Aynsley Green, A. (2009). Unethical age assessment, *British Dental Journal*, vol. 206, nº7.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado.
- Batuecas Florindo, J.M. (2009). *La expulsión del extranjero en la legislación española* (Editorial Club Universitario: San Vicente).
- Cierco Seira, C. (2006) La subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso: reflexiones a la luz de las últimas aportaciones jurisprudencias, *Revista de Administración Pública*, 170, Madrid
- Claro Quintans, I. y Lázaro González, I. (2016), “Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños” en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- De la Mata Gutiérrez, J.I., de la Rasilla, M. (2018). “Cautelas en torno a las pruebas de la determinación de la edad de los menores solicitantes” en Gruben, S. y De Gasperis, M.T. (coords.), *Aproximación a la Protección Internacional de los Menores no Acompañados en España*, La Merced Migraciones: Madrid, p. 138.

- Díez Morrás, F.J. (2012). Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, vol. 10, pp. 95-104.
- Durán Ayago, A. (2010). “La deficitaria política convencional de España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados: nociones para el desencanto” en Lázaro González, I. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos: Madrid.
- Durán Ruiz, F.J. (2007), Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*.
- Durán Ruiz, F.J. (2011). Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros, *TRACE*, vol. 60, pp. 9-24.
- Eekelaar, J. (1994). Interests of the Child and the Child ‘s wishes: the role of Dynamic Self Determination, *International Journal of Law and the Family*, vol.8, pp. 42-61.
- Esteve García, F. (2009). Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos, en Aja, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 51-90.
- Fiscalía General del Estado (2017), *Memoria Elevada al Gobierno de S.M.*, p. 545. Recuperado de https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/
- Fiscalía General del Estado (2009), *Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados* (FIS-Q-2009-00001)
- Ferre, N. (2002). La détermination de la minorité, *Plein Droit*, N°52.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia Constitucional y democracia*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid.
- Flores González, B. (2018). La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5 (nº2), pp. 321-362.

- Giménez Glück, D. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosh: Barcelona.
- Gómez Fernández, I. (2017). Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, BIB 2017/10631.
- Gómez Fernández, I. (2019). Determinación de la edad de los niños y niñas que llegan solos a España. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº18, p. 273.
- González Beilfuss, M. (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi: Pamplona.
- Greulich, W.W. y Pyle, S.I. (1959), *Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist*, Stanford University Press.
- Gude Fernández, A. (2010). La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico: el caso de Galicia en García Roca F.J y Albertí Rovira, E (coord.), *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- Gutiérrez García, C. y Marí Sánchez, J.M. (2000). Los derechos del menor. Evolución y situación actual, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, vol. 28, sept. 2000, pp. 27-48.
- Jiménez Hernández, A.S (Coord.), *Menores migrantes sin referentes familiares: una perspectiva integral del fenómeno*, Grupo Editorial Universitario, p. 47.
- Lázaro González, I. E. (2008). La aventura de los adolescentes africanos en España: la respuesta del derecho español, *E-migrinter*, nº 2, pp.60-70-
- Lázaro González, I.E. y Moroy Arambirri, B. (Coord.) (2010). *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos: Madrid.
- Madrigal Martínez-Pereda, C. (2013). “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento”, en Claro Quintans, I. y Lázaro González, I.E (aut.). *Infancia y protección internacional en Europa: niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Tecnos: Madrid.
- Mayoral Narros, I.V., Frías Fiel, T., Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M, “El acogimiento residencial” en Martínez García, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de*

menores. *Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 208.

Moreno-Torres Sánchez, J. (2019). “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional” en Lázaro González, I.E. y Moroy Arambarri, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, p. 97-112.

Moreno-Torres Sánchez, J., Ezquerro Ubero, J., Jiménez Bautista, S. (2007), “La situación de desamparo” en Martínez García, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, p. 93-144.

Peláez Fernández, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono, *Revista de Educación Social*, nº18.

Pérez, M.^a J. (1999). Menores No Acompañados, *Servicios sociales y política social*, Nº. 48, pp. 55-62.

Pinazo Lozano, I. (2015). *La determinación del interés superior del menor no acompañado en el proceso de retorno desde la Unión Europea*, Centro de Estudios Internacionales de Barcelona.

Ramón Fernández, F., (2016). El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten. *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 132-158.

Rivero Hernández, F. (2000). *El interés del menor*. Dykinson: Madrid.

Rozzi, E. (2002). The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention on the Rights of the Child. *Save the Children Italy*. Recuperado de https://www.academia.edu/1893059/The_evaluation_of_the_best_interests_of_the_child_in_the_choice_between_remaining_in_the_host_country_and_repatriation_a_reflection_based_on_the_Convention_on_the_

Ruiz Legazpi, A. (2004). La Determinación de la Edad de los Extranjeros Indocumentados. *Revista de Derecho Político*, núm. 61, pp. 141-172.

- Ruiz Legazpi, A. (2013). La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 21, pp. 213-234.
- Salinas de Frías, A. (2008), “La protección de los menores migrantes” en Salinas de Frías, Ana (Dir.) *Inmigración e integración: aspectos sociales y legales*, Madrid, Buenos Aires, Ciudad de México, p. 214
- Sánchez-Covisa Villa, J. (2010), “El papel del Ministerio Fiscal en la situación de los menores extranjeros no acompañados”, en Lázaro González, I.E. y Moroy Arambarri, b. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos: Madrid.
- Sánchez González, M.^a Paz, Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España, *Actualidad Civil*, nº 18, octubre 2005, p. 2183.
- Senovilla Hernández, D. (2008). “Los menores extranjeros no acompañados en Europa”, Fundación Diagrama, Murc
- Smith, T. y Brownlees, L. (2011). Age assessment practices: a literature review and annotated bibliography. UNICEF. Recuperado de <https://www.unescap.org/sites/default/files/UNICEF-Age-Assessment-Practices-2010.pdf>
- Tanner, J. M. y otros (1983). *Assessment of skeletal maturity and prediction of adult height (TW2)*. Academy Press: Londres
- Vicente Lorca, A. (2022). Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 22, pp. 101-130.
- Vidal Fueyo, M^a C. (2009). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007, *Revista Española de derecho Constitucional*, n^o 85 (enero- abril 2009), pp. 353-379.

2. Fuentes normativas

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE Núm. 83, de 30 de marzo de 2010).

Carta Social Europea, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021).

Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (FIS-C-2006-00002)

Consulta del Fiscal General del Estado 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (FIS-Q-2009-00001).

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 («BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 1987).

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951 («BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1978).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 («BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DOCE núm. L 212/12 del 7 de agosto de 2001).

Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE núm. 31, de 6 de febrero de 2003).

Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DOUE núm. 326, de 13 de diciembre de 2005).

Instrucción de la Fiscalía General 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (FIS-I-2001-00002).

Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2003, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo (FIS-I-2003-00003).

Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados (FIS-I-2004-00006).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de 1996).

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa («BOE» núm. 167, de 14 de julio de 1998).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre (BOE núm. 10, de 12 enero de 2000).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica («BOE» núm. 274, de 15/11/2002).

Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009).

Observación General nº 6 (2005) sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6).

Observación General nº12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, aprobada por el Comité de Derechos del Niño el 20 de julio de 2009 (CRC/C/GC/12).

Observación General nº 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, aprobada por el Comité de Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14).

Protocolo N°7 a la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada en Estrasburgo por el Consejo de Europa el 22 de noviembre de 1984.

Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, de 16 de octubre de 2014 («BOE» núm. 251, de 16 de octubre de 2014)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 24 de julio de 1889)

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011)

Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C221/03) (DOCE C 221, 19 de julio de 1997).

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI))

3. Fuentes jurisprudenciales

Auto núm. 151/2013 del Tribunal Constitucional, de 8 de julio. Recurso 1051/2013, RJ 2013\151, (BOE núm. 183, de 01 de agosto de 2013).

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 9 de octubre de 2017, Recurso 353/2015.

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1983 de 21 de febrero (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 1983).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1984, de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1991, de 17 de octubre. Recurso de amparo 492/1989 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 66/1995 de 8 de mayo (BOE núm. 140, de 13 de junio de 1995)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 211/1996, de 17 de diciembre. Recurso de amparo nº 2956/1995 (ES:TC:1996:211)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2000, de 29 de mayo. Recurso de amparo 4.223/1996 (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 154/2002, de 18 de julio. Recurso de amparo avocado 3.468/97 (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 221/2002, de 25 de noviembre. Recurso de amparo núm. 1044-2000 y 1089-2000 (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 95/2003 de 22 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96 (BOE núm. 139, de 10 de junio de 2003).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 71/2004, de 19 de abril de 2004

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 206/2007, de 24 de septiembre (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 236/2007, de 7 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 183/2008, de 22 de diciembre de 2008. Sala Primera. Recurso de amparo 3319-2007 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 184/2008, de 22 de diciembre de 2009. Sala Primera. Recurso de amparo 3321-2007 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2009)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/2011, de 28 de marzo de 2011, recurso de amparo 3574-2008 («BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 112/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160, de 06 de julio de 2015).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-540-03, del 27 de junio de 2006, European Court Reports 2006 I-05769, ECLI:EU:C:2006:429

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de BB contra Francia*, de 7 de septiembre de 1998, aplicación núm. 30930/96.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Selmouni contra Francia*, de 28 de julio de 1999, aplicación núm. 25803/94.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga v. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006. Aplicación núm. 12178/03.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Maslov contra Austria*, de 6 de febrero de 2008, aplicación núm. 1638/03.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Saadi contra Italia*, de 28 de febrero de 2008, aplicación núm. 37201/06.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Asunto Alajos Kiss contra Hungría*, de 20 de mayo de 2010, aplicación nº 38832/06.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Asunto Z.H contra Hungría*, de 8 de noviembre de 2012, aplicación n1 7075/10.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Asunto Ageyevy contra Rusia*, de 18 de abril de 2013, aplicación n1 28973/11.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3186/2013 de 17 de junio de 2013, Recurso 4353/2012, ECLI:ES:TS:2013:3186

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 453/2014, de 23 de septiembre de 2014. Recurso núm. 1382/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 11/2015, de 16 de enero de 2015. Recurso núm. 2015/121.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 11/2015, de 22 de mayo de 2015. Recurso núm. 2015/121.

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, del 6 de abril de 1938, Caso *United States v. Carolene Products CO.*, 304 U.S. 144 (1938).

4. Documentos extraídos de internet

Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1998), *Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al RU sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, E/CN.4/1999/63/Add.3, párrafo 37. Recuperado de: [http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/052/05/PDF/G9805205.pdf?](http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/052/05/PDF/G9805205.pdf?O)

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2018). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España*, CRC/C/ESP/CO/5-6. Recuperado de https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/productos/pdf/OBSERVACIONES_FINALS_V_VI_INFORME_CDN_ESPANA.pdf

Consejo Europeo (1999). *Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere*, 15-16 Octubre 1999. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

Consejo General del Poder Judicial (2009). Informe 2009: Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España. Obtenido de <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Informe-ni-ilegales-ni-invisibles.pdf>

Defensor del Pueblo (2005). *Informes Sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*. Recuperado de [2005-05-Informe-sobre-asistencia-juridica-a-los-extranjeros-en-Espana.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/2005-05-Informe-sobre-asistencia-juridica-a-los-extranjeros-en-Espana.pdf) (defensordelpueblo.es)

Defensor del Pueblo (2009), *Informe sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta u en situación de dificultad social*.

Defensor del Pueblo (2012). *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*. Recuperado de <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/menores-o-adultos-procedimientos-para-la-determinacion-de-la-edad-enero-2012/>

Defensor del Pueblo (2016). *Informe anual a las Cortes Generales de 2016*. Recuperado de https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/In_2016.pdf

- European Commission Against Racism and Intolerance (2011). *Cuarto Informe Sobre España*. Recuperado de <https://www.aecgit.org/downloads/documentos/410/informe-ecri-espana-2011-esp-cbc-iv-2011-004-esp.pdf>
- Fundación Raíces (2017). *Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos del Niño*, pp. 21-23, recuperado de <https://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2018/01/Alternative-report-executive-summary.pdf>
- Fundación Raíces y Noves Vies (2019). *Informe sobre la Situación de la Infancia Migrante en España*. Recuperado de https://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/EPU-2020_Informe-conjunto-infancia-migrante-en-Espa%C3%B1a.pdf
- Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados, Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España, *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 37, nº1, pp. 5-6
- Grupo Parlamentario Socialista (2017) *Proposición No de Ley para impulsar medidas de apoyo y protección a los menores extranjeros no acompañados*, recuperado de <https://www.psoealmeria.com/wp-content/uploads/2017/01/170117-PNL-Impulsar-medidas-de-apoyo-y-protecci%C3%B3n-a-los-menores-extranjeros-no-acompa%C3%B1ados.pdf>
- Human Rights Watch (2008). “Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, Human Rights Watch, (Disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2008/10/17/retornos-cualquier-precio/espana-insiste-en-la-repatriacion-demenores-extranjeros>)
- Save the Children (2016). *Infancias Invisibles: Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*. Save the Children. Obtenido de <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>

Save the Children España. (2004). *Informe sobre la situación de los menores no acompañados en España*, Documento de trabajo IV. Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/menores_solos.pdf

Separated Children in Europe Programme (2009), *Statement of Good Practice: 4th Revised Edition*. Recuperado de <https://www.unhcr.org/uk/sites/uk/files/legacy-pdf/50aa01869.pdf>

UNHCR (2008). *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del Niño*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7126.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL>

UNICEF (2009), *Ni ilegales ni invisibles: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*, recuperado de <https://www.unicef.es/publicacion/ni-ilegales-ni-invisibles-realidad-juridica-y-social-de-los-menores-extranjeros-en#:~:text=Ni%20ilegales%20ni%20invisibles%3A%20realidad%20jur%C3%AAdica%20y%20social,Abogac%C3%ADa%2C%20con%20el%20apoyo%20de%20la%20Fundaci%C3%B3n%20Banesto.>

ANEXO I: MARCO NORMATIVO

1. Normativa Internacional

La normativa internacional es aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 39.2 CE, por el cual “los niños gozarán de la protección prevista en los Tratados Internacionales”, así como del 96.1 CE. El Tratado más importante relativo a la protección de los menores es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁷³. Este Tratado, del que son parte 195 Estados, ratifica una serie de derechos y principios esenciales en esta investigación, sobre los cuales indagaremos más adelante. Entre ellos están: el principio de prohibición de discriminación (artículo 2), el del interés superior del menor (artículo 3), el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6), el derecho a la libre expresión en los asuntos que le afecten (artículo 12) o el derecho a la protección adecuada (artículo 20). Pese a no hacer referencia directa a los menores extranjeros no acompañados, dichos derechos se dirigen a *todos* los niños, incluidos los no acompañados, y por tanto deberán ser respetados por todos los Estados ratificantes.

También hay que considerar la Observación General N° 6 del Comité de Derechos del Niño¹⁷⁴, que sirve para profundizar la protección y el trato de los menores no acompañados fuera de su país de origen. Una vez más, la OG se pasa en tres principios esenciales: el principio de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho a su libre expresión en los asuntos que le afecten. Concretamente, sobre el principio del interés superior del niño como consideración primordial profundiza la Observación General N°14¹⁷⁵.

2. Normativa Europea

A continuación, vamos a ver de forma esquemática cuales son las normas relevantes vinculantes a nivel comunitario:

- *Directiva 2001/55/CE, referida a las normas mínimas para la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (DOCE núm. 212,*

¹⁷³ Asamblea General De naciones Unidas: Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

¹⁷⁴ Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, *Observación General n° 6*, de 1 de septiembre del 2005 (CRC/GC/2005/6), *sobre el trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.*

¹⁷⁵ Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas: *Observación General n°14*, de 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14), *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*

de 7 de agosto de 2001). Con respecto a los menores no acompañados, se obliga a los Estados Miembros a proporcionar la asistencia médica necesaria (artículo 13.4), a darles educación en las mismas condiciones que los nacionales (artículo 14.1) y que se les garantice la necesaria representación, ya sea mediante un tutor o mediante una organización (artículo 16.1). Con respecto al alojamiento de este colectivo, se prima el acogimiento familiar y la necesidad de oír al menor (artículo 16.2).

- *Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE núm. 31, de 6 de febrero de 2003)*. Establece las condiciones mínimas que deben proporcionarse a los solicitantes de asilo (representación y alojamientos adecuados, reunificación con miembros de su familia...)
- *Directiva 2005/85/CE del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los Estados miembros (DOUE núm. 326, de 12 de diciembre de 2005)*: regula principalmente las garantías procesales que requiere el trato de dicho colectivo debido a su especial vulnerabilidad. Por ejemplo, en el artículo 17, se regula cuándo el menor deberá presentar la solicitud acompañado por un representante y cuándo lo podrá presentar por sí mismo y contempla la posibilidad de reconocimientos médicos para determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados.
- *La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre las normas y procedimientos para el retorno de inmigrantes en situación irregular (DOUE núm. 348 de 24 de diciembre de 2008)*: Establece el deber de conceder la asistencia de los servicios pertinentes antes de dictar la decisión de retorno respecto de un menor no acompañado y el deber de comprobar que será entregado a un miembro de su familia, tutor o servicio de acogida a su retorno (artículo 19). También se permite el internamiento de menores, siempre que sea el último recurso y por el menor tiempo posible (artículo 17).

Con respecto a la normativa no vinculante, encontramos varios ejemplos. El más relevante es la ya mencionada Resolución del Consejo de la UE, cuyo objetivo es “establecer directrices para el trato de los menores no acompañados por lo que respecta a su acogida, permanencia y retorno, y en el caso de los solicitantes de asilo, la realización

de los trámites aplicables”¹⁷⁶. Sin embargo, no garantiza una protección adecuada de los derechos del menor porque contempla la inadmisión de menores indocumentados (Arts. 2.1 y 2.2) e incluye la posibilidad de impedirles la entrada o de repatriarlos (artículo 5.1)¹⁷⁷.

3. Normativa Nacional

- *Constitución*: Aunque la Constitución no haga referencia expresa a los menores extranjeros no acompañados, ya hemos establecido que sus disposiciones deben ser respetadas y les aplican tanto en su condición de menores como de extranjeros.
- *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996)*, de ahora en adelante Ley del Menor: llevó a mayor participación de estos niños en la búsqueda de sus intereses, incluyendo de nuevo la primacía del interés superior del menor (arts. 2 y 11) y el derecho a ser oído (artículo 9), y regula la determinación de edad de menores, sobre la cual se profundizará más adelante (artículo 12.4).
- *La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000)*, de ahora en adelante LOEx¹⁷⁸: En primer lugar, menciona la posibilidad de evitar la llegada de menores mediante la firma de Acuerdos Internacionales con los países de origen. Además, Regula el proceso de decisión de repatriación o permanencia del menor, incluyendo el procedimiento para la determinación de la edad y el régimen jurídico de la estancia de aquellos cuya repatriación no sea factible (Artículo 35). Sobre ello se profundizará más adelante debido a su especialidad.
- *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/200940 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 2011)*, de aquí en adelante RLOEx. En los arts. 189 a 198 se detallan aspectos sobre la determinación de la edad, la competencia sobre el

¹⁷⁶ Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03), p. 6.

¹⁷⁷ Vicente Lorca, A. (2022). Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 22, p.110.

¹⁷⁸ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

procedimiento de repatriación, el inicio de este, el periodo de prueba y audiencia, la ejecución de la repatriación, etc.

- Además, el sistema cuenta con las aclaraciones realizadas mediante Circulares de la Fiscalía General, como por ejemplo la *Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados* o la *Consulta del Fiscal General del Estado 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*.
- *Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado por resolución de 13 de octubre de 2014 por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (BOE de 16 de octubre de 2014). En adelante, Protocolo Marco de 2014.*